THÈSE DE
CAEN.
18 82
Nº. 10.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE MINORIBUS XXV ANNIS

EN DROIT ROMAIN

DE L'ÉMANCIPATION ET DES MINEURS ÉMANCIPÉS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 23 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

EMMANUEL DE LAPPARENT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BOURGES

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

13, Chaussée Saint-Pierre, 13

—

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545818_0013

A MON PÈRE, A MA MÈRE

MEIS ET AMICIS

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE MINORIBUS XXV ANNIS

EN DROIT ROMAIN

DE L'ÉMANCIPATION ET DES MINEURS ÉMANCIPÉS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 23 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

EMMANUEL DE LAPPARENT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BOURGES

ANGERS

IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU

13, Chaussée Saint-Pierre, 13

—

1882

JURY D'EXAMEN

PRÉSIDENT : M. BAYEUX, professeur.

SUFFRAGANTS

MM. CAUVET, professeur.

CAREL, id.

VILLEY, id.

LE GOST, chargé de cours.

THESE ROMAINE

DE MINORIBUS XXV ANNIS

(Dig., liv. IV, titre IV. — Code, II, titre XXII à livre V.)

« .... Licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint. »
(INST., livre I, titre XXIII, pr. *de Curatoribus.*)

PRÉLIMINAIRES

Le développement entier des forces physiques de l'homme exige plusieurs années ; celui de ses facultés morales est encore plus lent. — Il n'est point d'être plus faible, plus incapable de se défendre que l'homme dans son enfance ; parvenu à un certain âge il a déjà des forces, de l'intelligence, des passions naissantes, et point encore assez de raison ni d'expérience pour les régler.

Le vieux droit civil romain, qui ne faisait aucune distinction entre le pubère et l'homme mûr, semble ne pas l'avoir suffisamment compris. — C'est ainsi que, dans le système de la Loi des Douze Tables, l'enfant qui venait d'atteindre la puberté légale acquérait une capacité pleine et entière d'agir quand il était *sui juris*.

« Il est manifeste qu'en supprimant la tutelle (du moins pour les hommes) dans un âge aussi tendre, le législateur

romain avait commis cette faute grave de confondre le développement physique de l'homme, qui se produit ordinairement dans les climats chauds à quatorze ou douze ans, — avec celui des forces de l'esprit qui donnent naissance à la raison. — Il abandonnait l'homme à lui-même au moment des passions naissantes, au moment où la tutelle lui était le plus nécessaire. Sans doute, la constitution despotique du pouvoir paternel et la forte éducation que recevaient les jeunes romains enlevait à ce système une partie des abus qu'il devait produire naturellement ; — mais l'expérience fit bientôtre connaitre la nécessité d'obvier à cet état de choses.[1] »

C'est dans ce sens que vers le VI^e^ siècle de Rome, devant l'altération des mœurs et la complication des rapports sociaux, s'introduisit dans la législation l'innovation suivante : Jusqu'à l'âge de la puberté, l'enfant, le pupille était protégé par la loi contre son incapacité manifeste, au moyen d'un tuteur ; — les pubères, au contraire, c'est-à-dire les individus parvenus à quatorze ou douze ans, selon le sexe, n'avaient plus de tuteurs. Cependant, de ce qu'ils cessèrent d'avoir un tuteur, il n'en résulta pas que ces enfants fussent majeurs. — La majorité n'était acquise qu'à l'âge de vingt-cinq ans.

Quelle était donc à Rome la position de ces mineurs exempts de tutelle pendant cette longue période de quatorze ou douze ans jusqu'à vingt-cinq ? — Voilà l'objet de ce travail.

Ces mineurs prenaient le nom d'*adolescentes, adulti, minores XXV annis*. Capables, à la différence des impubères ou *pupilli*, ils furent successivement protégés :

D'abord par la loi *Plœtoria*, dont l'examen fera l'objet d'une première partie ;

Ensuite par la *Restitutio in integrum* dont s'occupera une deuxième partie ;

Enfin par le droit impérial et notamment par les Constitu-

[1] Dalloz, Rép., *Minorité*.

tions de Marc Aurèle et de Septime Sévère qui seront étudiées dans une troisième partie.

Les innovations de Justinien seront examinées au fur et à mesure, sans former une division spéciale.

Nous n'aurons pas à nous occuper de certains cas exceptionnels où la sollicitude du législateur [1] s'étend encore sur des individus qui ont dépassé vingt-cinq ans, c'est-à-dire qui ont atteint la *perfecta* ou *legitima ætas* « âge, écrit Colombet, qui est l'âge de la perfection et auquel les hommes doivent être capables d'administrer leur bien, ou ils ne le seront jamais ! » [2].

[1] Dig., liv. XIV, titre VI.

[2] *Jurisprudence Romaine,* Claude Colombet, Paris, MDCLXXI.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA LOI PLÆTORIA

Les Préteurs avaient étendu les dispositions de la loi des Douze Tables, protectrices des pubères prodigues et furieux, à des individus dont la position leur paraissait identique, c'est-à-dire aux fous, aux imbéciles, à ceux qu'une infirmité perpétuelle rend incapables ; mais ils ne pouvaient de leur propre autorité étendre cette assimilation en faveur de ceux que la loi déclarait précisément capables de contracter.

Comment fut-il tout d'abord remédié à cet état de choses ? Cette partie de la législation romaine n'est pas encore très éclairée, cependant on est d'accord pour reconnaître qu'un plébiscite, appelé *lex Plœtoria* [1], s'occupait de la position des mineurs de vingt-cinq ans.

A. Cette loi est la première trace d'une disposition législative sur pareille matière. — Elle semble remonter à la deuxième guerre punique : du moins elle existait certainement au milieu du VI^e^ siècle de Rome, puisque Plaute y fait une allusion évidente [2]. Les manuscrits lui donnent le nom de *lex Letoria* ou *Lectoria :* mais leur témoignage relativement au titre de ce plébiscite doit être rejeté. En effet, il est nommé *lex Plœtoria* sur les fragments d'un monument découvert au dernier siècle (1732 et 1735), dans le golfe de

[1] Heinec, *Elementa juris civilis*, § 257, *lex ult.*, ff.. *de Minor..*

[2] *Pseudolus*, acte I, sc. III, v. 84. — Voir : Mazochi, de Humbolt, de Savigny.

Tarente, près d'Héraclée, et appelé pour cela Table d'Héraclée. Ce monument date du VII^e^ siècle, de l'an 880 de Rome, par conséquent, il a été élevé moins de cent ans après la loi. L'antiquité de cette table, son origine entièrement romaine et la présomption de sincérité qui s'attache aux inscriptions faites sur les monuments présentent, plus de garanties que des manuscrits auxquels on ne peut accorder grande confiance, à cause des altérations si faciles de l'écriture. Il est donc logique de donner la préférence au nom gravé sur le marbre. (Heineccius, *Hist. jur. Rom.*, lib. I, cap. III, p. 99, soutient qu'elle fut portée en l'an 490 U. C. par un certain Lectorius Plancianus, tribun du peuple.)

B. Le texte [1] de la loi *Plœtoria* ne nous est pas parvenu en entier : nous n'en avons que des fragments ; son but principal ne nous est pas certainement connu. — D'abord, elle fixe l'âge de vingt-cinq ans comme celui de la capacité entière. « *Nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat.* » (Ulpien, f. 1, § 2, D., IV, 4.)

«... *Donec annos Lœtoriæ legis egressus, legitimam impleverit ætatem,* » lisons-nous au Code Théodosien [2]. Godefroid [3] ajoute : « *Legitima ætas est XXV annorum, Lœtoria scilicet lege inducta definita.* » Un autre commentateur [4] contient une dissertation sur cette expression de *legitima ætas*. Enfin, notre loi est encore traitée dans un manuscrit de la bibliothèque publique de Bourges, qui n'est autre que le cahier d'un étudiant [5]. Parlant de la minorité de vingt-cinq ans, le professeur dit : « *Quæ media est ætas consilii inops, multis captionibus obnoxia multisque insidiis exposita : sic sensetur lege (Lœtoria) de minoribus, ut non male dixerit Plautus in Trinummo.* » C'est certainement encore à la loi Plætoria que

[1] Blondeau, *Recueil du droit ante-Justinianéen*, p. 81.

[2] Loi 2, liv. VIII, tit. XII, *de Donationibus*

[3] Code Théodosien, Gothofredi, *Comment.*

[4] Barnabæ Brissonii, *Antiquit.*, III, 2.

[5] Joannis Mercerii, *Tractatus*, tit. XX, liv. XXII du Code. Biturigis excipiebat *Claudius* Lebègue, *Justinianeus studiosus*. Octobre 1597.

songeait Plaute quand il parlait d'une « *lex quinavi cennaria.* »

Pothier nous dit : « *Minoribus circumscriptis auxilium tulit*, » et il ajoute, en se fondant sur l'autorité de Suétone et de Priscien[1], que la loi défendait à ces mineurs de s'engager, c'est-à-dire de s'obliger par cautionnement[2].

Heineccius (*elem. juris*, I, p. 275) a donné une explication originale de la fixation de l'âge de vingt-cinq ans comme celui de la majorité : « *Et videtur Lætorius cum aliis existimasse sæculum esse terminum vitæ humanæ longissimum et hinc primum ejus quadrantem juventuti accensuisse. Ita censet Gundliugius ad. tit. ff. de Minor.. XXV an. p.* 4 *et* 8. »

C. Comme sanction de ces prescriptions, les mineurs de vingt-cinq ans furent entourés d'une triple protection édictée, d'après Godefroid, dans trois principaux chapitres. Une accusation criminelle est organisée contre la personne qui a franduleusement abusé de l'inexpérience d'un *adolescens* pour lui faire consentir un acte dommageable. II. La victime du dol peut opposer la nullité de son engagement, tout au moins par voie d'exception. III. Comme le crédit des mineurs était dès lors ébranlé, la loi les autorise pour la conclusion d'un acte juridique, à demander un curateur dont la présence, en écartant tout soupçon de fraude, assure la validité de l'opération.

I.

Cicéron, qui mentionne notre loi au *de Officiis*[3] appelle les poursuites organisées au chapitre premier, un « *judicium publicum rei privatæ*[4]. » « Par cette antithèse, remarque M. Accarias, Cicéron veut faire ressortir que ce *judicium publicum* est fondé sur un pur intérêt privé, tandis qu'en règle générale les *judicia publica* supposent un intérêt public lésé. »

[1] Suét. *In libro Præt.*, Prisc, liv. XVIII.
[2] *Pandectæ Justinian.*, liv. IV, t. IV.
[3] Liv. III, cap. xv.
[4] *De Nat. deor.*, III, xxx ; *De offic.*, III. xv.

Les mineurs sont mis sous la protection de tous les citoyens Romains.

Ces poursuites sont : criminelles, ouvertes à tous (c'est une accusation populaire) contre toute personne qui a usé de fraude pour circonvenir un mineur inexpérimenté, et par ces manœuvres lui a fait consentir un acte préjudiciable à ses intérêts. L'action était ouverte à tous afin que la faiblesse ou la connivence du mineur n'amenât pas l'impunité.

L'accusé qui est reconnu coupable dans ces circonstances est condamné à une amende, qui sans doute est du double d'après les usages romains en situations analogues ; puis il est d'autres peines auxquelles il ne peut se soustraire. Ainsi, le deuxième fragment de la Table d'Héraclée [1] « *æs Neapolitanum* » l'indique par ces mots : « *Quive lege Plœtoria ob eam rem quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus erit,* » parmi une longue liste de personnes incapables de faire partie de l'*Ordo* ou corps des Décurions. Il est donc inéligible aux dignités municipales.

La conformité de cette liste avec celle des infâmes dans l'Édit du préteur autorise à croire que le condamné encourait en outre la note d'infamie. (F. 7, D., l. 48, t. I ; Inst., IV, 18, § 2.)

II.

«.... *Apparet lege etiam comprehensum fuisse*, dit Godefroid, *ut creditor qui minori XXV annis credidisset, creditum amitteret.* » Le contrat est annulé dans l'intérêt du *circumscriptus*, du mineur qui a été trompé par des manœuvres frauduleuses. Comment cette nullité sera-t-elle opposée ? Sans doute sous forme d'une *exceptio legis Plœtoriæ*. On trouve en effet au Digeste [2] une loi de Paul (liv. III, *ad Plautium*) qui traite des exceptions *rei cohœrentes* dans laquelle,

[1] Lignes 111 et 112.

[2] Loi 7, p. 1, liv. XLIV, tit. I.

après avoir mentionné divers fidéjusseurs qui peuvent les invoquer, il ajoute : « *Idem dicitur si pro filio familias contra senatus consultum quis fidejusserit aut pro minore XXV annis circumpscripto.* » Ces derniers mots paraissent accorder formellement au mineur l'exception dont nous parlons, exception spéciale, *pro minore XXV annis circumscripto,* d'après M. Ortolan.

Nous venons de parler d'une exception « *Legis Plœtoriæ.* » Cependant Gaius nous dit [1] que les exceptions n'étaient pas encore usitées dans la procédure des *legis actiones*, et nous savons que notre loi est antérieure à la procédure formulaire. M. Accarias [2] nous donne la solution de cette difficulté. Si la distinction des défenses au fond et des exceptions perdit son plus grand intérêt par la chute du système formulaire elle put néanmoins lui survivre, et effectivement elle lui survécut. Mais l'avait-elle précédé ? En d'autres termes, les exceptions étaient-elles déjà usitées dans la procédure des *legis actiones ?* Non, nous dit Gaius. Voilà un langage qui paraît bien clair et bien absolu. Pourtant il faut nous garder d'une équivoque et ne rien exagérer. Gaius veut dire que l'exception considérée dans sa forme, c'est-à-dire comme partie accessoire de la formule était inconnue avant la procédure formulaire. Mais veut-il dire aussi qu'à cette époque ancienne on n'admit aucun des moyens de défense qui plus tard purent être opposés par voie d'exception ? Le contraire me paraît facile à démontrer... Quelques exceptions se rattachent à des lois ; or, parmi ces lois, plusieurs, comme la loi *Plœtoria*, sont antérieures à la procédure formulaire. Donc à l'origine le moyen de défense qu'elles fournissaient ne constituait pas une exception, mais il n'en existait pas moins, et toute la question est de savoir sous quelle forme il se produisait. Selon toute probabilité, il devait être proposé et examiné *in jure*, et ce n'est qu'autant que le magistrat le jugeait non

[1] Gaius, IV, § 108.
[2] II, page 1195 et note.

fondé qu'il laissait procéder à l'accomplissement de la *legis actio*. »

Nous continuons cette citation, car elle se rapporte à notre sujet et nous donne l'explication d'un texte que nous allons retrouver prochainement. « Une autre conjecture a été proposée : on a dit que les faits qui, à l'époque classique, engendraient des exceptions péremptoires, donnaient lieu, au temps des *legis actiones*, à une *sponsio*. J'ai constaté moi-même le fréquent usage de ce procédé et je ne nie pas qu'il pût être appliqué ici. Mais je ne crois pas qu'il le fût en règle générale. Le principal texte sur lequel on s'appuie appartient à Plaute (*Rudens*) et ne me paraît pas décisif. Un personnage de condition honteuse, nommé Labrax, a promis une grosse somme d'argent à l'esclave Gressus, mais il veut se soustraire à l'exécution de sa promesse.... Ses paroles signifient, dit-on, qu'il provoque son adversaire à une *sponsio* sur laquelle s'engagera un procès où seront soumises au juge les deux questions suivantes : la promesse de Labrax n'a-t-elle pas été surprise par dol, et n'est-il pas protégé par la loi *Plœtoria* comme mineur de vingt-cinq ans ? Mais cette interprétation me paraît forcée. Labrax veut dire simplement : je consens à plaider si le magistrat lui-même ne reconnaît pas que ma promesse est le résultat d'un dol et que je suis mineur de vingt-cinq ans. Au surplus, on a conclu du texte de Plaute que bien avant l'introduction de l'exception *doli mali* le dol pouvait fournir un moyen de défense ; mais cette doctrine ne me paraît pas pouvoir être admise d'une manière générale. Dans l'espèce, le moyen de défense n'est pas fondé seulement sur le dol, mais sur le dol joint à la minorité de vingt-cinq ans. »

La loi *Plœtoria* engendrait donc une exception, et c'est une de ces rares exceptions qui tirent leur existence (*substantiam capiunt*) du droit civil, c'est-à-dire d'une loi ou d'une source analogue. « On a parfois contesté l'existence d'exceptions fondées sur le droit civil ; mais les textes allégués en ce

sens (L. 3, p. 1, *De pec.*. Const. XIII, 5 ; Cic. *de Jur.*, II, 29 Ad her. I, 12) ne prouvent rien, selon moi : et eussent-ils la portée qu'on leur donne, ils ne sauraient prévaloir contre l'évidence [1]. »

Il nous reste à nous demander si le mineur *circumscriptus* muni déjà de cette exception pour repousser la prétention du créancier qui l'a trompé frauduleusement, ne pourrait pas encore faire annuler l'acte qui lui a été préjudiciable en agissant directement par voie d'action. La raison suivante nous ferait pencher à admettre l'affirmative. Il fallait bien que le mineur de vingt-cinq ans pour répondre au but même de la loi *Plætoria* pût prendre les devants ; autrement, pour user de son exception, il eût été réduit à attendre que son créancier lui demandât exécution de son engagement : il fût resté dans l'incertitude et pour ainsi dire à la merci de celui avec lequel il avait contracté.

Cette exception (Maynz), sous le régime des *legis actiones*, se produisait sans doute au moyen d'une *sponsio*.

III.

Que devait-il résulter des deux dispositions précédentes ? La perte du crédit des mineurs, de telle sorte que la protection établie en leur faveur tournât contre eux. En effet, personne n'aurait plus voulu traiter avec eux, dans la crainte d'abord d'encourir la grave accusation de fraude, et ensuite de ne point recouvrer les créances ; et pourtant il est des cas où un mineur peut avoir un grand intérêt à contracter. Aussi la loi *Plætoria* place le remède à côté du danger, et décide que les mineurs pourront se faire nommer un curateur spécial toutes les fois qu'ils auront un acte juridique à faire.

Le danger, pour les mineurs, est parfaitement mis en

[1] Accarias, t. II, page 1198, note 1.

lumière par un texte de Plaute déjà indiqué. C'est la conversation d'un jeune amoureux, dissipateur, avec son marchand d'esclaves :

CALLIDORUS. Perii ! an non tùm lex me perdit quina vicenaria ?
Metuunt credere omnes,
BALLIO. Eadem est mihi lex : metuo credere.

Un autre passage [1] n'est pas moins explicite :

LABRAX. Cedo, quicum habeam judicem
Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dùm sciem
Quinque et viginti gnatus annos.

Le remède nous est connu par un texte de Julius Capitolinus, biographe de Marc Aurèle, sur lequel nous aurons à revenir. Il est permis aux mineurs de se faire nommer un curateur *ad hoc* toutes les fois qu'ils justifient de causes graves pour être assistés dans la conclusion d'un acte juridique (*redditis causis*). C'est le magistrat qui nomme ce curateur *ad hoc*. Lorsque le contrat avait été passé sans cette garantie, le mineur ne pouvait pas prétendre plus tard qu'il avait été *circumscriptus,* et le tiers qui avait traité avec lui n'avait pas à craindre l'annulation des actes accomplis.

Cette mesure du troisième chapitre de la loi *Plætoria* fut un moyen indirect de contraindre tous les mineurs de vingt-cinq ans à se faire nommer un curateur.

[1] Rudens, sc. III, vers 25, acte V. Edition Lemaire.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA RESTITUTIO IN INTEGRUM

« *Plenius autem quam hæc lex* (*Plætoria*), *prætor edicto suo minoribus subvenit : in omnibus enim non solum quum circumscripti sunt, sed et quando sola suæ ætatis simplicitate lapsi sunt, eis succurrit*[1]. » La loi *Plætoria* avait déjà beaucoup fait pour le mineur : mais sa protection était insuffisante ; en effet, elle ne protégeait pas le mineur qui ne pouvait prouver l'intention frauduleuse du tiers, ou qui se trouvait lésé par l'acte alors qu'il n'y avait pas eu fraude de la part du tiers ; enfin, elle ne prononçait pas la nullité absolue de l'acte frauduleux. Du reste, sous la fin de la République, où le remède de l'exception et de l'action de dol profite à tout le monde en général, les mineurs de vingt-cinq ans se trouvaient presque dans le droit commun [2]. Aussi le préteur, par la raison qu'ils sont parfois lésés sans être trompés, imagina en leur faveur la ressource exceptionnelle de l'*in integrum restitutio*, en vertu de laquelle leurs actes, quoique valables en droit civil, purent être rescindés sous certaines conditions. La minorité forme donc une cause absolue de restitution en entier. Cette restitution était devenue d'autant plus nécessaire que les mineurs avaient exactement la même capacité que les majeurs de vingt-cinq ans : ils administraient eux-mêmes leur patrimoine, ils s'obligeaient libre-

[1] Pothier.
[2] Cicéron, *De Nat. Deor.*, III, 30 ; *De Officiis*, III, 14

ment et pouvaient se dépouiller par des donations et des affranchissements [1].

Cet édit du préteur dont parle le texte cité plus haut, nous dit Maynz paraît antérieur à l'empire puisque Labéon et Ofilius sont cités à propos de la restitution des mineurs, au Digeste, liv. IV, tit. IV ; loi 16, § I, et loi 45 pr.

Cette innovation du préteur était une mesure d'équité naturelle, dit Ulpien [2]. Il porta un édit pour décider qu'il examinerait tout acte de droit fait par un mineur de vingt-cinq ans, et prononcerait une *restitutio in integrum* contre cet acte toutes les fois qu'il lui aurait été préjudiciable. Les termes qu'il emploie, nous montrent qu'il ne décidait que *cognita causa* : « *quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quœque res erit, animadvertam* [3]. »

La *restitutio in integrum* est la décision par laquelle le magistrat rescinde un acte valable selon le droit civil, et remet juridiquement les choses dans leur état antérieur. « *Tantum tribuit restitutio quantum abstulit lœsio.* » Paul la définit ainsi : « *Integri restitutio est redintegrandæ rei vel causæ actio* [4]. » C'est, dit M. de Savigny [5], le rétablissement d'un état antérieur du droit motivé par une opposition entre l'équité et le droit rigoureux et opéré par la toute puissance du préteur qui change avec connaissance de cause un droit réellement acquis. Il n'y a pas là un rétablissement véritable, un rétablissement *ipso jure*, mais seulement la fiction d'un rétablissement *ipso jure*. Le rétablissement n'a lieu que *jure prœtorio* : au point de vue du résultat de la décision du préteur, la vraie définition, dit Pothier (Pand. IV-4, p. 1, note), serait : « *Causæ jure civili stricto amissæ redintegratio.* »

C'est donc un de ces moyens termes si fréquemment

[1] L. 2, Code, II, 30 *si adv. donat.*
[2] D., l. IV, t. IV, loi I, pr.
[3] Eod., loi 1, loi 43 ; l. IV, t. I, loi 3.
[4] *Sent.*, l. 1, t. VIII, p. 1.
[5] *Droit romain*, t. VII, § 316.

employés par le préteur qui, n'osant ouvertement briser avec le droit civil, appelait la fiction à son aide pour le tourner afin de reculer jusqu'à la vingt-cinquième année une majorité évidemment prématurée, afin d'invalider les actes de personnes capables en droit, mais incapables en fait de conduire leurs affaires. Ce bénéfice sage et équitable prit bientôt une très grande extension, de sorte qu'aucun contrat passé avec un mineur de vingt-cinq ans ne fut plus à l'abri de la restitution qui embrassa avec les faits accomplis par le mineur seul ou *consensu curatoris*, les faits de gestion du curateur lui-même et tout ce qui était exécuté par l'*auctoritas* et la *gestio*. Comme le préteur ne distinguait pas entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris*, les fils de famille se trouvèrent également appelés à jouir de ce bénéfice [1].

Une semblable protection ne devait-elle pas aller souvent contre son but et nuire à ceux dans l'intérêt de qui elle était imaginée? N'eût-il pas mieux valu pour protéger efficacement les mineurs exiger certaines formes tutélaires dont l'observation eût sauvegardé leurs intérêts sans ruiner leur crédit? Poser la question c'est ici la résoudre.

Nous allons examiner dans quatre chapitres principaux : 1° à qui et contre qui la restitution est accordée; 2° quelles sont les conditions et les causes requises pour l'obtenir; 3° les formes, la procédure et les effets de cette restitution; 4° dans quels cas le mineur en perd le bénéfice.

[1] D. hoc t. f. 1, p. 1 ; f 29 ; f. 47.

CHAPITRE PREMIER

A qui et contre qui la restitution est accordée.

§ I. — *A qui elle est accordée.*

A. En principe, la restitution ne se donne qu'aux mineurs de vingt-cinq ans, nous dit Ulpien, car après cet âge : *compleri virilem vigorem constat* [1]. Nous savons cependant que plus tard elle fut étendue aux pupilles, et, dans certaines circonstances déterminées, aux majeurs [2]. « *Auxilium in integrum restitutionis minoribus a prætore tributum etiam civitatibus concedi moris esse principum rescripta testantur. Jure canonico eadem privilegia ecclesiis et piis corporibus tribuuntur* [3].

B. A Rome, on était mineur de vingt-cinq ans tant que l'on n'avait pas atteint le jour et l'heure anniversaires de sa naissance, c'est-à-dire que l'on calculait *a momento in momentum* et non *de die ad diem*, d'après Ulpien : « *minorem autem XXV annis natu videndum an etiam dies natalis sui adhuc dicimus, ante horam qua natus est : ut, si captus sit, restituatur, et cum nondum compleverit, ita erit dicendum : ut a momento in momentum tempus spectetur* » [4]. On est encore mineur tant qu'on n'a pas encore vingt-cinq ans accomplis, et la minorité est une cause absolue de restitution. Quand on est né dans une année bissextile, « *biduum pro uno die habetur.* » (Celse.)

C. Mais tous les mineurs de vingt-cinq ans ne jouissaient pas en pratique du bénéfice de *restitutio in integrum*, bénéfice qui avait fini par tourner contre eux parce qu'il enlevait souvent tout crédit par le risque considérable et longtemps

[1] Loi 1, p. 2.

[2] Loi 29 pr.; loi 47; l. IV, t. IV.

[3] Warkœnig., *commentarii juris romani privati*, t. III, p. 563. Voir : f. 3, C. II, 29; f. 2, C. II, 54; f. 1, C. I, 50; f. 1, 54; f. 7, X, 1, 41. *De in integr. restitutione*, f. 2, VI, eod. t. Nerenda, *controv. juris* X, 10. Gluck, t. VI, § 465 seq.

[4] Loi 3, p. 3.

prolongé dont elle menaçait les tiers qui dès lors s'abstenaient de contracter [1]. La protection, comme il arrive souvent, devint donc une gêne et on considéra comme une faveur de pouvoir s'y soustraire. — Ce fut le but de la *veniæ tatis* que M. Labbé, à son cours, a comparée avec l'émancipation en droit français. On ne peut fixer au juste la date de cette innovation : on voit seulement qu'elle était en vigueur dans la seconde moitié du IIIe siècle, après J.-C. L'expression *venia ætatis* se rencontre dans les textes comme synonyme de *restitutio in integrum*. Ulpien critiquant une décision de Papinien nous en donne un exemple [2].

1° Cette observation faite, et la question de langage réservée, nous croyons, avec M. Accarias, que l'on connaissait déjà à l'époque classique ce bénéfice que les textes du Code appellent *venia ætatis*. En effet, Papinien, à propos de la responsabilité des tuteurs, nous parle d'un ex-pupille, *pubere pupillo constituto*, qui, dit-il, *restitutionis auxilio non juvatur* [3]. Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'il sagit ici d'un mineur qui jouit de la *venia ætatis?* Sans cela, il faut convenir que le jurisconsulte s'est servi pour désigner un majeur de vingt-cinq ans d'une périphrase étrange et peu claire.

2° L'empereur seul pouvait accorder la *venia ætatis;* il le faisait d'ailleurs très rarement [4]. Tous les actes de libre administration de ses biens que le mineur a faits seul postérieurement au décret qui lui a accordé la *venia ætatis* sont définitifs et irrévocables [5]. Un rescrit d'Aurélien [6] nous en donne le motif : « *Eos qui veniam ætatis à principali clementia impetraverunt, etiamsi minus idonee rem suam administrare videantur, in integrum restitutionis auxilium impetrare non posse manifestissimum est; ne hi qui cum eis contrahunt principali*

[1] Paul, L. 24. p. 1.
[2] Loi 20, pr.
[3] Dig., Loi 39, § 12 et 13, l. XXVI, t. VII.
[4] Loi 3, pr., l. IV, t. IV.
[5] Code, loi 1, l. II, t. XLV.
[6] *Id.*

auctoritate circumscripti esse videantur. » Cette règle s'applique à tous les contrats, la *venia ætatis* conférant à ceux qui l'obtiennent la libre administration de leur fortune. Elle leur donne même le pouvoir de transiger, mais leur interdit les donations, comme cela ressort du texte de Papinien cité plus haut : « *Ab eo qui restitutionis auxilio non juvatur, quæstio culpæ tutorum conventione remitti potest : nec donatum, sed transactum videtur.* »

3° La *venia ætatis* donne au mineur à peu près tous les droits d'un majeur. Aussi elle rend impossible la restitution pour ses actes à venir [1]. Elle fait courir, à l'égard des actes antérieurs, le délai fatal dans lequel elle doit se demander [2] et s'obtenir, mais cela sous la réserve essentielle que l'inaction du mineur n'emportera jamais déchéance avant qu'il ait atteint sa vingt-cinquième année. Elle dessaisit le curateur ou fait cesser toute possibilité d'une curatelle [3]. Quant à la prohibition d'aliéner et d'engager les biens-fonds sans un décret du prince elle pesa sur tous les mineurs indistinctement depuis Justinien (Constantin avait restreint cette défense aux femmes, f. 2, p. 1, Code, l. II-45, f. 3), comme nous le verrons en étudiant le Sénatus Consulte de Septime Sévère [4].

4° Il est bien évident que la *restitutio in integrum* était admise contre l'obtention de la *venia ætatis;* car celui qui l'a obtenue n'était alors qu'un mineur ordinaire. *Sic*, MM. de Savigny et Vangerow. M. Goudsmitt professe l'opinion contraire.

5° Nous ne voyons pas que le droit des Pandectes exigeât un âge fixe pour accorder cette *venia ætatis*; mais Constantin décida qu'elle ne serait plus donnée qu'aux hommes majeurs de vingt ans et aux femmes majeures de dix-huit ans, pourvu d'ailleurs que leur conduite fût irréprochable [5], et leur intelligence suffisante (f. 2, C. II, 45).

[1] Code, loi 1, l. II, t. XLV.
[2] Code, loi 5, pr., l. II, t. LIII.
[3] Code, loi 3, l. V, t. LXXIV.
[4] Loi 2, p. 1 et loi 3; *id.*, loi 3, *de his qui ven.*, Code.
[5] Loi 2, pr., *de his qui ven.*

D. Pothier (§ 2, n° 6), nous fait remarquer que ni les dignités ni le nombre d'enfants ne suppléent l'âge de vingt-cinq ans à l'égard de la *restitutio in integrum* [1].

E. La *restitutio in integrum* accordée, en principe, à tous les mineurs de vingt-cinq ans *patres familias*, c'est-à-dire *sui juris* peut-elle être aussi accordée aux fils de famille?

Ulpien nous dit que la question peut faire doute parce que, si l'on décide qu'il faut protéger les fils de famille dans leur patrimoine propre, *in re peculiari*, on protégera par là-même leurs pères qui sont des majeurs [2]; or le préteur n'a promis son concours qu'aux mineurs et non aux majeurs. Cependant il se range à l'avis de ceux qui pensent que le fils de famille mineur de vingt-cinq ans peut être restitué *in integrum* dans les causes où il est personnellement intéressé, par exemple, lorsqu'il s'est obligé. Si donc le fils s'est obligé par ordre de son père, celui-ci pourra certainement être poursuivi pour le tout, *in solidum;* mais si le fils est lui-même poursuivi, il devra obtenir le secours de la *restitutio in integrum* tandis que son père ne l'obtiendra ni contre l'action *quod jussu*, ni contre l'action *de peculio* [3].

1° Voici un cas qui peut faire doute : le pécule ordinaire du fils appartenant au père, si l'on restitue le fils contre un acte d'administration de pécule, la restitution profitera beaucoup plus au père majeur qu'au fils mineur. D'autre part, une constitution de l'empereur Claude donne au fils l'expectative du pécule, lorsque les biens de son père ont été confisqués. Ulpien a résolu cette difficulté [4] en en faisant une question de procédure : il pose en principe que la restitution sera accordée ou refusée, suivant que l'on actionnera le fils ou le père. On peut poser en règle générale que toutes les fois qu'un fils de famille mineur a été lésé dans une affaire

[1] Sur la question de savoir si la restitution était accordée aux esclaves, voir f. 5, D. *de Min.*, f. 26, § 1, D. XL, 5.

[2] D. Loi 3, p. 4, l. IV, t. IV.

[3] *Id.*, et loi 23.

[4] Loi 3, p. 4, l. IV, t. IV.

entreprise avec ou sans ordre de son père où il était intéressé, il pourra être restitué *in integrum :* les textes citent plusieurs exemples à l'appui.

2° Examinons une hypothèse qui a divisé les interprètes : le créancier du mineur vend un gage constitué par celui dont le mineur est héritier. Le mineur a tout au plus une action contre le vendeur, soit contre son tuteur, suivant les circonstances particulières de l'espèce; mais il n'a pas droit à la restitution contre l'acheteur, et, en général, il ne peut actionner ce dernier que s'il est complice de la fraude opérée par la vente [1]. On a voulu voir dans cet règle une exception positive aux principes sur la restitution des mineurs et un changement de l'ancien droit. Nous croyons avec M. de Savigny [2], qu'il n'y a pas là d'exception positive : car la restitution se rapporte exclusivement aux actes des mineurs ou de leurs représentants. Or, la vente dont il s'agit ici est l'œuvre, non du mineur, mais du créancier agissant en vertu de son propre droit. Pour établir que sur ce point l'ancien droit a changé, on s'appuie sur ce passage des sentences de Paul : « *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractæ sint, restitui in integrum potest* [3] » Ces mots *si non ita oportuit*, dit-on, se rapportent au préjudice résultant d'une vente faite à trop bon marché. Mais rien ne nous oblige à les entendre ainsi : il vaut beaucoup mieux dire qu'ils se rapportent à l'omission de la vente du gage et dès lors le droit à la restitution n'est pas douteux.

3° Un fils de famille mineur a renoncé à un legs ou à un fidéicommis qu'il devait recueillir après la mort de son père [4]; un autre, institué héritier à condition qu'il serait émancipé dans les cent jours néglige d'en donner avis à son

[1] Code, loi 2, l. II, t. XXIX et loi 2, l. V, t. LXXI.
[2] D. R., t. VII, p. 158.
[3] L. I, t. IX, § 8.
[4] D. Loi 3, § 7, *de Minor.*.

père qui était tout prêt à l'émanciper [1]. Il s'agit d'un bien spécialement attaché à la personne, comme du *jus militiæ*, ou du pécule *castrans* [2], ou bien enfin une fille de famille qui avait un droit éventuel sur sa dot à la dissolution du mariage s'en dépouille en laissant son père en stipuler le retour à lui-même, postérieurement à la constitution de la dot [3] : ou encore un mineur s'est porté caution, même pour son père. Dans toutes ces hypothèses qui ne sont que des exemples pris entre mille, le droit à la restitution est incontestable.

4° Quand un mineur soumis à la puissance paternelle contracte une dette, il peut toujours être actionné soit pendant la durée, soit après la dissolution de cette puissance. Mais le père peut l'être aussi, notamment en vertu de l'action *quod jussu*, s'il a chargé son fils de recevoir la somme empruntée, en vertu de l'action *de peculio*, s'il existe un pécule [4]. Le fils poursuivi par le créancier peut se faire restituer *in integrum;* mais pour le père, il n'y a pas, ainsi que nous l'avons dit plus haut, de restitution possible contre l'action *quod jussu* ou *de peculio*.

5° En principe, le mineur de vingt-cinq ans, soumis à la puissance paternelle est restitué contre ses propres actes comme s'il était *sui juris*, pourvu toutefois qu'il y ait intérêt, et le père ne peut s'en prévaloir. Toutefois, beaucoup d'auteurs font exception à cette règle quand l'acte préjudiciable au mineur est un prêt d'argent qu'il a reçu par ordre de son père ; dans ce cas, disent-ils, la restitution n'est pas possible. C'est là une doctrine qui ne nous paraît pas fondée, et nous préférons l'opinion contraire enseignée par M. de Savigny.

Voici d'abord les considérations qu'on a fait valoir en

[1] Loi 3, § 8, *id.*
[2] Loi 3, § 7 et 10, *id.*
[3] Loi 3, § 5, l. IV, t. IV.
[4] Loi 1, l. XIV, t. V.

faveur de cette doctrine : la dignité de la puissance paternelle, a-t-on dit, serait compromise, si en accordant la restitution, on déclarait préjudiciable un acte ordonné par le père ; mais Ulpien [1] nous dit le contraire : « *Proinde si jussu patris obligatus sit; pater utique poterit in solidum conveniri : Filius autem auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur.* » L'intervention du père, dit-on encore, empêche le fils d'emprunter à la légère et d'une façon préjudiciable ; mais si le contraire arrive par l'imprudence du père, il n'y a pas de raison pour restreindre cette exception au seul prêt d'argent. Enfin Cujas prétend que ceux qui prêtent à un fils de famille sont assez punis par le sénatus-consulte Macédonien pour qu'on puisse avoir pour eux quelque indulgence, surtout lorsqu'on rencontre des prêteurs assez loyaux pour ne vouloir prêter qu'avec le consentement du père. Nous ne croyons pas que cette raison eût été donnée par un jurisconsulte romain. Comment admettre, en effet, qu'un mineur ne puisse se faire restituer contre un emprunt fait à l'ombre de l'autorité paternelle, quand cette même garantie n'est pas trouvée suffisante pour mettre à l'abri de tout recours un débiteur qui ne fait que payer sa dette? Ne serait-ce pas le cas de dire avec Paul qu'il faut être plus sévère pour le prêteur que pour le débiteur ; car on n'est pas forcé de prêter tandis qu'on est forcé de payer sa dette [2].

On s'appuie ensuite sur deux textes de loi. Voici le premier : « *Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium : si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione; in hac enim, si jussu patris mutuam pecuniam accepi, non adjuvatur* [3]. » Toute la question dépend de l'interprétation de ce texte. Les mots *non adjuvatur* semblent indiquer l'exception à la règle, nous dit-on ; la règle ne paraît donc résulter que d'un *adjuvatur* ou d'un synonyme.

[1] Loi 3, § 4, *de Min.*, et loi 29, pr.
[2] Loi 24, § 4, l. IV, t. IV, D.
[3] Loi 3, § 4, *id.*, Cujas.

Mais les mots *auxilium cessat* qui précèdent, sont synonymes de *non adjuvatur* et l'exception ne semble pas s'y rapporter; d'autre part, *postulet auxilium* contraste avec *non adjuvatur* qui serait l'exception à la règle. En présence de cette contradiction, les uns la justifient par les considérations que nous avons présentées plus haut; les autres rapportent l'exception à la proposition qui concerne le fils, ce qui fait alors violence au texte.

L'explication de M. de Savigny est beaucoup plus simple. Ulpien dit que le prêt d'argent ne donne lieu qu'à une exception qui ne peut être que celle du sénatus-consulte Macédonien, exception invocable tant par le père que par le fils et spéciale au prêt d'argent[1]. Cette exception doit donc nécessairement exprimer une affirmation (*adjuvatur*) et non pas une négation (*non adjuvatur*). Pour cela il suffit de mettre : « *Si filius non jussu patris mutuam pecuniam accepit, adjuvatur* (c'est-à-dire *pater adjuvatur*). On arrive alors à cette proposition très simple : En général, on ne vient pas au secours du père actionné pour les actes de son fils, à moins qu'il ne s'agisse d'un prêt d'argent, car, contre cette action, le père a l'exception du sénatus-consulte, pourvu que le fils n'ait pas emprunté par son ordre. On peut encore dire : Au cas d'un prêt d'argent, le père a contre l'action *de peculio* l'exception du sénatus-consulte Macédonien; il ne l'a pas contre l'action *quod jussu*. Dans aucun cas, il ne peut invoquer la restitution. La justesse de cette interprétation résulte de ce passage d'Ulpien. « *Proinde et si sine jussu patris contraxit et captus est, si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus ; si filius conveniatur, poterit restitui*[2]. » Nous avons donc ici deux décisions, l'une relative au père, l'autre relative au fils.

Contre la première décision relative au père (*proinde si jussu patris, etc.*) on objecte : Si le père est actionné, le fils

[1] D., f. 7, § 10 ; f. 9, § 3, l. XIV, t. VI.
[2] F 3, § 4, *de Min.*

n'étant pas mis en cause ne peut être restitué. Mais si le père ne peut ou ne veut user de l'exception du sénatus-consulte, il paiera avec l'argent du pécule et ce sera le fils qui perdra. A cela nous répondrons avec Ulpien que l'intérêt du fils est ici un fait et non un droit, que le père ayant la propriété du pécule peut en disposer à sa guise. Contre la deuxième décision relative au fils (*proinde si sine jussu patris, etc.*) on objecte : Le fils actionné a droit à la restitution, mais il a aussi l'exception du sénatus-consulte qui vaut *ipso jure*, la restitution est donc dès lors inutile et inadmissible. L'exception, répondrons-nous, peut ne pas s'appliquer par suite de l'erreur où se trouve le créancier relativement à l'existence de la puissance paternelle[1] ou du moins ceci peut être allégué. La restitution peut donc être utile et même indispensable pour protéger le fils, car le fait seul de la minorité suffit.

Le second texte qui prouve, dit-on, que le fils n'a pas droit à la *restitutio in integrum* contre un prêt d'argent quand il a agi par ordre de son père est un rescrit de l'empereur Gordien. « *Si frater tuus, cum mutuam pecuniam acciperit, in patris fuit potestate, nec jussu ejus, nec contra senatus-consultum contractum est ; propter lubricum ætatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare*[2] »

Le débiteur mineur, dit l'empereur, a droit à la restitution contre un prêt d'argent à deux conditions : 1° Si l'emprunt n'a pas été fait par ordre du père ; 2° s'il ne tombe pas sous la prohibition du sénatus-consulte. Cette dernière condition confirme ce que nous avons dit. Si, de l'aveu de tous, le sénatus-consulte est applicable, la restitution est inutile ; s'il est inapplicable, parce que le créancier ignorait l'existence de la puissance paternelle ou que cela était douteux ou contesté, alors la restitution peut être accordée. La première condition doit s'entendre ainsi : Si le père n'a pas ordonné

[1] D., f. 3, pr., et f. 19, l. XIV, t. IV.
[2] Code, f. 2, l. II, tit. XXIII.

l'emprunt, le fils obtient la restitution (ce que dit le texte) ; s'il l'a ordonné, le fils ne l'obtient pas (ce que le texte dit indirectement). Cette dernière partie du texte paraît confirmer l'exception que nous étudions et jutifier l'interprétation qu'on donne ordinairement du passage d'Ulpien. C'est la concordance apparente des deux textes d'Ulpien et de Gordien qui a fait admettre ici comme incontestable par beaucoup d'auteurs l'exception dans le cas d'un emprunt ordonné par le père.

On se fonde encore sur un argument à *contrario* du texte de Gordien, ce qui est dangereux dans les rescrits du Code où il s'agit toujours d'un cas spécial. Les deux conditions dont nous avons parlé peuvent s'entendre ainsi : S'il est vrai, comme on le prétend, que le père n'ait pas ordonné l'emprunt et que la violation du sénatus-consulte ne rende pas la restitution inutile, elle doit être accordée. La mention faite dans la requête adressée à l'empereur et reproduite dans le rescrit que le père n'a pas donné d'ordre à son fils ne signifie pas, comme on le prétend, que la restitution devrait être refusée si le père eût ordonné l'emprunt, mais bien qu'elle est plus facile à obtenir si le père n'a rien ordonné.

Mais si, au lieu d'un homme libre, il s'agit d'un esclave mineur de vingt-cinq ans, il ne pourra jamais obtenir la *restitutio in integrum ;* car Ulpien nous dit qu'on ne doit considérer que la personne du maître qui devra s'imputer à lui-même d'avoir confié ses intérêts à un mineur [1]. Ainsi ce que l'esclave a géré, le maître est réputé l'avoir géré lui-même [2] ; car un esclave n'est jamais obligé par ses contrats. Dans un seul cas, la restitution pouvait être accordée à un esclave mineur, c'était lorsqu'il était induit à faire un acte compromettant l'exécution d'un fidéicommis d'où dépendait sa liberté [3].

[1] D., f. 3, § 11, *de Min.*
[2] *Id.*, loi 4.
[3] *Id.*, loi 5.

F. Remarquons, avec M. Accarias, que bien que le préteur, dans son édit, n'eût songé qu'aux adultes, seuls compris ordinairement sous la désignation de mineurs de vingt-cinq ans, on admit sans difficulté l'*in integrum restitutio* au profit des pupilles, soit contre les actes qu'ils auraient faits avec l'*auctoritas* du tuteur, soit contre les actes de gestion du tuteur lui-même [1].

G. En principe, avons-nous dit, la restitution ne doit pas profiter aux majeurs ; il y a cependant des exceptions :

1° Une première concerne les héritiers du mineur qui, les textes le disent formellement, peuvent se faire restituer *in integrum* du chef de ce *de cujus, etsi sint ipsi majores*, pourvu qu'ils le fassent comme lui en temps utile [2] ;

2° Le droit à la *restitutio* peut être cédé, nous dit M. Accarias. Les textes nous offrent même des cas où cette cession est obligatoire. (F. 24, pr. ; f. 25, *de Adm. et per.*, t. XXVI, 7 ; f. 20, § 1, *de Tut. et rat.*, XXVII, 3.)

Si un mineur, *suâ sponte*, c'est-à-dire sans en avoir reçu mandat, administre d'une façon préjudiciable les affaires d'un majeur, il pourra être contraint par celui-ci à le constituer *procurator in rem suam*, afin d'obtenir par là une *restitutio in integrum* qui le rende complètement indemne ;

3° Une exception, importante par les controverses auxquelles elle a donné lieu, est celle qui concerne les cautions. La *restitutio in integrum* d'un mineur de vingt-cinq ans doit-elle profiter à ses cautions ? La question ne saurait se présenter pour un majeur, car dans ce cas la caution peut toujours invoquer l'exception qu'aurait eue celui qui a été lésé, sans qu'il soit besoin d'aucune restitution [3]. Le mineur dont la dette a été garantie par une caution est obligé vis-à-vis de son créancier et vis-à-vis de sa caution qui, si elle acquitte la dette, volontairement ou par suite d'une condamnation, a

[1] F. 29, pr.; f. 47, pr., *de Min.*
[2] F. 18, p. 5 ; f. 3, § 9 ; f. 19.
[3] F. 7, § 1, liv. XLIV, tit. 1.

toujours son recours contre son débiteur principal soit par une action *mandati*, soit par une action *negotiorum gestorum* [1]. Il est, s'il le veut, protégé également par la restitution contre ces deux actions ; la question pratique est donc de savoir qui doit supporter la perte du créancier ou de la caution [2]. Dans la loi 1re au Code *de fidejussoribus minorum*, les expressions *modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non juvaberis* se rapportent au cas où l'une des deux actions dirigée contre le mineur serait éteinte par la prescription. Si le créancier assigne d'abord la caution, celle-ci n'a aucun droit à la restitution, mais elle peut opposer le bénéfice de discussion, et il n'y a alors de question que pour le cas où le mineur poursuivi le premier a obtenu la restitution.

Il s'agit dans ce cas de savoir si la caution poursuivie plus tard peut invoquer pour son compte la restitution, non plus seulement possible, mais réellement accordée. Des textes semblent décider que la caution peut obtenir [3], d'autres qu'elle ne peut obtenir la restitution [4]. La loi 7, § 1, au Digeste accorde aux cautions les exceptions des débiteurs principaux dans plusieurs cas étrangers à notre question, puis elle dit en parlant de la restitution : « *Quod si deceptus sit in re* (*id est sine dolo*), *tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio.* » Ces derniers mots peuvent signifier : la caution ne doit jamais obtenir le secours de la *restitutio in integrum*, ou bien : elle ne doit l'obtenir qu'après la restitution du mineur ; cette deuxième interprétation est celle à laquelle le texte se prête le mieux.

Les expressions indéterminées de tous ces textes doivent s'entendre non dans le sens d'une vérité générale et absolue, mais dans celui d'une vérité relative subordonnée à certaines

[1] D., l. III, tit. v, f. 43.
[2] F. 13, pr., *de Min.* Code, f. 1, l. II, t. XXIV.
[3] D., f. 3, p. 4, *de Min.*; f. 52, pr., liv. III, tit. III.
[4] F. 7, § 1, liv. XLIV, tit. I. Code. ff. 1 et 2, liv. II, tit. XXIV.

conditions. Cette explication ressort d'ailleurs clairement d'un texte d'Ulpien qui nous montre comment se concilient ces décisions en apparence contradictoires. Le jurisconsulte nous dit que le préteur jugera d'après les circonstances particulières de chaque espèce si la perte doit être supportée par le créancier ou la caution. Pour résoudre cette question il pose ce principe, évidemment vrai, que la caution doit supporter la perte quand elle a précisément garanti le danger résultant pour le créancier de la minorité du débiteur. « *Itaque*, dit-il, *si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo ; non est æquum in necem meam subveniri ; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio*[1] » Paul confirme pleinement cette doctrine : « *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succuretur*[2]. » Ces mots *consulto consilio* ne désignent pas la volonté en général qui existe pour le cautionnement comme pour tout autre contrat, mais bien la volonté de garantir le créancier contre les effets de la restitution.

M. Accarias dit à ce sujet : « La dette qui s'éteint *per exceptionem* du chef du débiteur principal est réputée s'éteindre de la même manière à l'égard du fidéjusseur. Toutefois cette règle cesse lorsque l'extinction résulte d'une cause toute personnelle au débiteur et qui ne le laisse exposé à aucun recours ; c'est ce qui arrive, en général, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans se fait restituer *in integrum ;* l'exception qu'il acquiert ainsi ne saurait être invoquée par le fidéjusseur qui s'est engagé connaissant la minorité du débiteur principal, et par conséquent avec l'intention évidente de garantir le créancier contre le risque de l'*in integrum restitutio.* (F. 13, pr.; f. 7, § 1, liv. LIV, tit. I.) Si, au contraire, le fidéjusseur a ignoré la minorité du débiteur principal, ou, ce qui revient au même, s'il ne s'est pas engagé *contempla-*

[1] F. 13, *de Min.*
[2] *Sentences*, l. IV, t. IX, § 6.

tione juris prætorii, il participe au bénéfice de la restitution. (F. 95, § 3, *de sol.*) Mais ce sera là, évidemment, une hypothèse exceptionnelle. » Et il ajoute qu'il n'en n'est pas de même du *mandator pecuniæ credendæ* : « Eût-il ignoré la minorité du débiteur, il ne profite pas de l'*in integrum restitutio* obtenue par ce dernier. » (Voir, f. 13, Dig., *de Minor.*, loi d'Ulpien.)

Quels seront les moyens à employer pour obtenir ces résultats ? D'après Ulpien voici la voie la plus sûre : Le mineur demande en même temps la restitution contre le créancier et la caution, toutes les parties se trouvent en présence; le préteur est alors mis à même de déterminer qui doit supporter la perte : « *Unde tractari potest*, ajoute le jurisconsulte, *minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem an adversus fidejussorem implorare debeat, et puto tutius adversus utrumque* [1] » Mais si le mineur n'adopte pas cette marche et se contente de demander la restitution contre le créancier, ou reste quelque temps sans agir, il faut que la caution puisse exercer immédiatement son recours contre lui, afin de le contraindre à lui céder sa restitution et l'opposer ensuite au créancier. Ce recours équitable et qui ne préjudicie nullement au mineur est admis par Paul dans un cas analogue à celui de la caution : Si un mineur ayant entrepris de lui-même pour un majeur une gestion d'affaires commet une négligence, il peut se faire restituer et préserver ainsi le majeur de tout dommage. Mais si le mineur ne demande pas la restitution, il peut se la faire céder et en user lui-même [2].

§ 2. — *Contre qui elle est accordée.*

La *restitutio in integrum* se donne contre tous ceux qui ont trompé un mineur de vingt-cinq ans, en traitant avec lui

[1] D., f. 13, pr. *de Min.*
[2] F. 24. pr.

ou ont directement profité de l'acte (f. 27, § 2), voilà la règle générale. Examinons certains cas que les textes citent à titre d'exemple.

A. Gaius nous dit d'abord que la restitution est inadmissible contre ceux que l'on ne peut pas atteindre par l'action de dol, à cause du respect qu'on leur doit[1]; tels sont les ascendants, le patron et ceux qui ont été revêtus de certaines dignités. Ces exceptions ont été consacrées par une constitution de Justinien, qui par sa place semble se restreindre à nos mineurs, et a tranché d'anciennes controverses[2]. Pour l'action de dol, l'exception n'a d'autre sens que d'écarter le dol et l'infamie qu'elle entraîne; pour la restitution, au contraire, l'exception défend de diriger contre les personnes exceptées aucune action qui puisse suppléer à la restitution. Quand un mineur de vingt-cinq ans a été lésé par les agents du fisc un rescrit des empereurs Sévère et Antonin lui permet de se faire restituer *in integrum*[3].

B. Un mineur peut-il être restitué contre un mineur? Pomponius refuse ici toute restitution, tandis qu'Ulpien est d'avis que le préteur doit examiner lequel des deux a été trompé. Si tous deux ont été trompés; si, par exemple, un mineur a prêté de l'argent à un autre mineur qui l'a dissipé, on doit, d'après Pomponius, préférer ce dernier[4]. La perte retombera alors sur le prêteur par application de la maxime : « *In pari causa melior est conditio rei quam actoris. (De verb. oblig.*, f. 91, § 4.) Maynz remarque que la restitution n'est accordée que jusqu'à concurrence de ce dont le mineur contre qui elle est prononcée se trouve enrichi au moment de l'action. (F. 11, § 6; f. 34, l. XIV, t. VI; f. 3, § 2; l. XXII, t. VI, loi 9.)

C. Un mineur contracte avec un fils de famille majeur

[1] F. 27, § 4, et loi 11, liv. IV, tit. III.
[2] C., f. 2, l. II., tit. XLII.
[3] Code, f. 1, liv. II, tit. XXXVII.
[4] Dig., f. 11, § 6, *de Min.*

protégé par le sénatus-consulte Macédonien et demande ensuite la *restitutio in integrum ;* dans ce cas Ulpien, Julien et Marcellus décident qu'il devra être écouté « *ut magis ætatis ratio quam senatus-consulti habeatur* [1]. » Si, au contraire, un mineur a prêté de l'argent à un fils de famille mineur qui l'a dissipé, on préférera ce dernier qui a ici une double protection [2], à moins qu'il ne se soit enrichi.

D. Il en serait autrement dans le cas du sénatus-consulte Velléien, comme l'indique Gaius [3]. Si, dit-il, une femme s'est obligée envers un mineur aux lieu et place d'un de ses débiteurs (par une *expromissio pro alio*), ce mineur n'aura pas d'action contre elle et sera, comme les autres, repoussé par l'exception du sénatus-consulte. D'après le droit commun, il conserve son action contre son ancien débiteur, pourvu toutefois qu'il soit solvable ; sans cela, la femme ne pourrait plus invoquer le secours du sénatus-consulte, et le mineur serait restitué *in integrum.*

E. La restitution peut aussi être accordée quelquefois contre quiconque a profité de la chose. Ainsi nous voyons qu'elle est donnée *in rem* [4], c'est-à-dire contre le possesseur de la chose, bien que l'on n'ait pas traité avec lui ; lorsque, par exemple, vous avez revendu à un tiers ce que vous avez acheté d'un mineur. Cependant Labéon tient compte ici de la bonne ou de la mauvaise foi du tiers contre qui la restitution est demandée, et il pose l'espèce suivante : Un mineur de vingt-cinq ans a vendu et livré un fonds à un acheteur qui l'a aliéné ; ce second acheteur devra subir la *restitutio in integrum*, s'il est de mauvaise foi. Si, au contraire, il est de bonne foi et que le second acheteur soit solvable, il ne la subira pas ; mais s'il est insolvable, il est alors plus juste de décider que l'on viendra au secours du

[1] F. 11, § 7.
[2] F. 34, pr.
[3] Loi 12.
[4] F. 13, *de Min.*

mineur, même au préjudice de l'acheteur de bonne foi. Tant que celui qui a reçu d'un mineur ou de son héritier n'est pas inquiété, on laisse en paix l'acheteur de bonne foi [1] ; mais dès que la restitution est accordée contre celui-ci, il peut recourir contre son auteur [2]. La restitution, nous dit-on encore, est donnée au mineur dans le cas suivant : Un mineur de vingt-cinq ans a, sans cause, donné quittance à un débiteur ; il recouvrera son action non seulement contre ce débiteur lui-même, mais aussi contre ses cautions et ceux qui lui avaient engagé leurs biens. De même si, ayant deux coobligés, il a sans motif donné quittance à l'un d'eux, il recouvrera son action contre tous les deux [3].

F. Si on recherche, dit M. Accarias, contre qui la *restitutio* peut être demandée, la règle générale est fort simple : c'est contre la personne avec qui l'on a traité ou qui a directement profité de l'acte. Ainsi un mineur se prétend lésé par une vente ou une aliénation, son adversaire naturel est l'acheteur ou l'acquéreur. Il résulte du principe posé que la demande peut être formée contre plusieurs personnes. Par exemple, une acceptilation étant faite à un *correus promittendi* ou à un débiteur principal, la restitution sera demandée non seulement contre eux, mais contre les autres *correi* ou contre les débiteurs accessoires. (F. 27, § 2, *de Min.*)

[1] F. 14.
[2] F. 15.
[3] F. 27, § 2, voir, f. 9, D., *de Min.*, f. 1, Code XI, 29.

CHAPITRE II

Conditions et causes de la Restitutio in Integrum.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR L'OBTENIR

Il est évident que l'obtention d'un bénéfice aussi exorbitant du droit commun ne devait pas être complètement laissée à l'arbitraire du magistrat ; aussi le préteur avait-il déterminé avec soin les conditions mises à la faveur qu'il accordait. Ces conditions, en ce qui concerne les mineurs de vingt-cinq ans, sont au nombre de deux principales. Il faut : 1° que le mineur ait été lésé ; 2° que nulle autre voie de recours ne lui soit ouverte ou ne lui offre une protection équivalente. En outre, il faut être mineur de vingt-cinq ans, c'est là la condition primordiale. Il faut donc *probare ætatem*, ce qui se fait toujours *cognita causa* [1].

§ I. — *Lésion* [2].

Nous trouvons ici l'application du brocard : « *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam lœsus*, » ce qui se comprend à merveille, si l'on se rappelle que le mineur acquérait avec la puberté l'exercice de tous les droits civils. C'était donc le seul fait de la lésion qui pouvait motiver, aux yeux du préteur, une modification aussi importante des rapports de droit régulièrement établis. Mais la lésion suffit, et il n'est pas nécessaire d'avoir à alléguer la fraude comme pour l'action ou l'exception de la loi *Plætoria*.

[1] Dig,, f. 43. *De Min.* ; f. 7, pr. ; f. 24, p. 1.
[2] F. 1, C. II, 22 ; f. 9 ; f. 44 ; D., *de Min.*

A. Le mot de lésion éveille avant tout l'idée d'appauvrissement. La lésion, dit Savigny, consiste dans un changement véritable de l'état du droit, et préjudiciable à celui qui réclame la restitution, changement d'ailleurs régulier et légitime. Il ne faut pas, en effet, que ce changement soit une violation du droit, cas auquel les actions ordinaires seraient parfaitement suffisantes, et la restitution inutile. La lésion, comme nous le dit Ulpien, ne consiste pas seulement en une diminution accomplie dans l'état du droit, mais aussi dans la transformation d'un droit certain en un droit douteux et contesté [1].

B. Ce changement peut résulter d'un acte ou d'une omission. « A s'en tenir au texte de l'Édit, dit M. Accarias, on croirait que la lésion ainsi définie doit nécessairement résulter d'un acte positif, qu'elle implique *aliquid gestum* (f. 1, § 1). Mais les jurisconsultes n'hésitèrent pas à admettre la restitution à l'égard des simples omissions, lorsqu'elles emportaient, comme l'aurait pu faire un acte proprement dit, diminution du patrimoine ou dépouillement d'un droit. Ainsi le mineur a-t-il négligé d'invoquer un moyen de défense en justice ou d'interjeter appel d'une condamnation ? A-t-il laissé usucaper une chose par un tiers, périr un droit d'usufruit par le non-usage, ou s'éteindre une action temporaire ? A-t-il laissé défaillir la condition sous laquelle il était institué héritier, ou s'écouler le laps de temps fixé pour demander une *bonorum possessio ?* Dans toutes ces hypothèses la restitution ne saurait lui être refusée. (F. 3, § 8 ; f. 7, § 11 ; ff. 36 et 34.)

1° Dans le domaine du droit, l'usucapion nous apparaît comme le cas le plus fréquent où une lésion motive la restitution. En effet, quand un propriétaire est dépouillé de sa propriété par une usucapion à laquelle il n'a pas mis obstacle, la restitution le relevant de cette négligence peut faire

[1] F. 6, *de Min.*

revivre l'état du droit qui existait avant l'usucapion accomplie.

2° Il en serait de même de la perte d'un droit d'action par la prescription sans les dispositions exceptionnelles que voici : S'il s'agit d'un fils de famille, la prescription ne court contre lui, à raison des biens qui font partie de son pécule adventice, qu'à partir du moment où l'exercice de ses actions lui appartient ; il faut donc qu'il ait changé de condition. Jusque là il est dans l'impossibilité d'agir et recueille les bénéfices de la règle : *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Ce point est formellement reconnu par une constitution de Justinien dont voici le passage principal : « *Apertissima definitione sancimus, filiis familias in omnibus his casibus, quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerunt, id est, postquam manu paterna, vel ejus in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati. Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant* [1] *?* » S'il s'agit d'un impubère, aucune prescription ne court contre lui [2]. Pour le pubère mineur de vingt-cinq ans, on distingue entre la prescription trentenaire et les prescriptions plus courtes. La première n'est jamais suspendue, même pendant la minorité, et n'admet aucune restitution. Quant aux secondes, nous ne trouvons aucune restriction au principe général de la restitution, qui embrasse, comme le dit Ulpien, « *quodcumque gestum esse dicetur, sive contractus sit, sive quid aliud contigit.* » Nous voyons seulement que, depuis Justinien, le mineur de vingt-cinq ans est protégé par le droit civil lui-même qui empêche la prescription de courir et rend ainsi la restitution superflue. C'est ce que nous dit Maynz : « Remarquons que le mineur n'a pas besoin de restitution contre la prescription : car les prescriptions à bref délai ne courent pas contre lui et

[1] Code, f. 1, l. VII, t. XL.
[2] Code, f. 3, l. VII, t. XXXIX.

la prescription *longissimi temporis* lui laisse assez de temps pour veiller à ses intérêts après avoir atteint l'âge de la majorité. (C., l. II, t. XLI, f. 5.)

Les principes ci-dessus résultent d'une constitution des empereurs Honorius et Théodose : « *Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda sed pupillari ætate duntaxat* (*quamvis sub tutoris defensione consistat*) *huic eximenda sanctione. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt*[1]. » La restitution nous semble formellement exclue par les derniers mots que nous venons de citer : *necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt.* D'ailleurs, il est constant qu'avant Justinien et ses réformes il fallait recourir à la restitution pour être relevé des courtes prescriptions. *A fortiori* devait-il en être ainsi pour les longues prescriptions dont il est plus aisé de se garantir, et il est inadmissible de penser que dans ce dernier cas, le mineur fût protégé *ipso jure*. Les dispositions que nous venons de reproduire ne peuvent donc avoir d'autre sens que de supprimer, pour les prescriptions trentenaires, la faculté de restitution qui existait pour les autres. L'innovation de Justinien consiste à supprimer la restitution pour les courtes prescriptions qui ne courront plus désormais contre les mineurs[2]. Conformément à cette doctrine nouvelle, dit M. Accarias, Justinien a certainement altéré un texte de Dioclétien (F. 3, C. VII, 35) qui peut-être se référait aux *prædia rustica vel suburbana* des mineurs.

Pour les mêmes motifs, le créancier mineur, dont le débiteur n'aurait pas reçu d'avertissement, n'obtiendra pas la restitution pour cette omission, tout débiteur d'un mineur étant *ipso jure* constitué *in mora*[3].

[1] C., f. 3, l. VII, t. XXXIX.
[2] F. 5, l. II, t. XLI, Code.
[3] F. 3, l. II, t. XVI.

C. Il y a sans aucun doute lieu à restitution quand le patrimoine du mineur a été diminué, par exemple par une aliénation ou quand il a contracté une obligation ; mais faut-il aller plus loin et admettre la restitution pour un simple défaut d'accroissement, c'est-à-dire par cela seul que le mineur a négligé d'augmenter son patrimoine ? Oui, ainsi que cela résulte d'un grand nombre de textes. Le mineur qui a répudié une hérédité avantageuse est restituable, bien qu'il ait seulement manqué de s'enrichir [1]. Ulpien admet formellement la restitution quand il nous dit : « *Hodie certo jure utimur ut et in lucro minoribus succurratur.* » Par exemple, on restituera, bien qu'il ait manqué un bénéfice plutôt que subi une perte, le mineur qui a vendu une chose pour un prix peut-être très suffisant, mais qui a repoussé les offres supérieures qui lui étaient faites [2]. Un mineur achète une chose à condition que la vente sera résolue si dans un certain délai le vendeur trouve un meilleur prix (pacte commissaire), puis laisse s'accomplir la condition résolutoire, faute par lui d'offrir ce meilleur prix ; on l'admet à se faire restituer si la chose vendue a pour lui un intérêt d'affection, par exemple parce qu'elle avait appartenu à ses ancêtres [3]. Ulpien généralisant ce principe nous dit que les mineurs sont restitués, « *si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt, amiserunt* ; *aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt* [4]. » Enfin Paul dit formellement : « *Minoribus etiam in his succurri, quæ non adquisierunt* [5]. »

Si de ces diverses décisions nous tirons une formule générale, nous dirons qu'un gain manqué ou un intérêt moral méconnu constitue une lésion suffisante, pourvu qu'à ces circonstances s'ajoute la perte d'un droit né et actuel, soit

[1] D., f. 7, § 9, *de Min.*
[2] F. 7, § 6 et 8.
[3] F. 35.
[4] F. 44.
[5] F. 17, § 3, l. XXII, t. 1 ; f. 7, § 7, D., *de Min.*

qu'il fût déjà entré dans le patrimoine du mineur, ou qu'il dépendît de lui de l'y faire entrer.

D'autre part, en nous reportant au texte même de l'édit prétorien, qui a établi la *restitutio in integrum*[1], nous voyons comme nous le faisions remarquer plus haut, qu'il contredit ce que nous venons d'avancer, et pose en principe que la lésion ne peut résulter que d'un acte positif du mineur, puisqu'il exige de sa part *aliquid gestum*. Mais Maynz, s'appuyant sur des textes nombreux, n'en conclut pas moins : « Le mineur obtient restitution même dans les cas où le préjudice qu'il s'agit d'éviter n'est pas une conséquence directe de l'acte et n'a été causé que par des faits postérieurs, fût-il même la suite de sa légèreté ou de son inexpérience. » (D., *de Min.*, f. 3, §§ 6 et 8; ff. 7, 2, 5, 10; 11, § 5; 27, § 1; 35; 38, pr.; 44, 45.)

La question a été vivement discutée pour les majeurs de vingt-cinq ans, beaucoup d'auteurs pensant qu'ils n'étaient restituables que pour les pertes et non pour défaut de gain comme les mineurs. Voici, en effet, un texte qui semble décisif : « *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendæ gratia queruntur, non cum et lucri faciendi ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impertiri desiderant*[2]. » M. de Savigny pense, au contraire, avec raison qu'il n'existe ici pour les mineurs aucun privilège spécial. Il faut, dit-il, distinguer entre le gain provenant de la diminution d'un bien déjà acquis à un autre, et dont l'origine est différente. Le premier ne peut jamais donner lieu à restitution, pas plus pour un mineur que pour un majeur[3]. Le second, au contraire, peut donner lieu à restitution pour tout le monde, dès qu'il y a un motif suffisant[4]. Cette distinction, faite par le jurisconsulte

[1] F. 1, § 1, *de Min.*
[2] D., f. 18, liv. IV, t. VI.
[3] F. 37, pr. et § 1, *de Min.*; f. 20, l, IV, t. VI; f. 17, § 3, l. XXII, t. I.
[4] F. 17, pr. et § 1; f. 41, l. IV, t. VI; Code, ff. 1 et 2, l. II, t. LX.

allemand, était d'ailleurs formellement acceptée par Cujas dans son commentaire de la loi 18 au Digeste, où il dit expressément : « *Duo sunt genera lucrorum, etc.* [1]. »

D. Au surplus, l'*in integrum restitutio* se propose pour but unique de garantir le mineur contre les dangers auxquels l'expose son inexpérience, *lubricum ætatis* ou *levitas juvenilis* [2]. Il ne faudrait pas objecter contre cette proposition, dit M. Accarias, que la restitution est bien accordée aux mineurs contre les actes de leur tuteur ou curateur ; car c'est leur inexpérience qui a rendu la curatelle ou la tutelle nécessaire, et en conséquence il est vrai de dire que sans leur âge ils n'eussent pas été exposés à se voir victimes des fautes d'autrui. Mais cette protection ne doit ni dégénérer en un piège pour les tiers, ni entraver la gestion du mineur ou de son curateur en leur ôtant tout crédit. D'où nous devons conclure : 1° Que la lésion résultant du délit ou du dol (F. 1, C., II, 35) du mineur ne donne pas lieu à restitution [3] ; 2° qu'il en est de même de celle résultant d'un pur cas fortuit [4], qui eût atteint le majeur même le mieux avisé, par exemple, s'il a acheté à bon marché une maison qui vient ensuite à brûler ou des esclaves qui périssent de maladies imprévues ; 3° que la lésion, résultât-elle de l'acte de lui-même, doit présenter une certaine gravité [5], parce que, dit un adage, *de minimis non curat prætor ;* il lui faut une lésion très considérable.

D'après M. Accarias il n'y aura pas non plus lieu à restitution « lorsque la lésion a sa cause unique dans l'application d'une règle de droit à laquelle nul n'aurait pu se soustraire, si par exemple, un mineur ayant trois fidéjusseurs, divise son action entre eux, ce qui a pour effet nécessaire de réduire l'obligation de chacun à une part virile ; si dès à présent l'un

[1] Cujas, t. V, p. 167.
[2] F. 11, § 5 ; f. 24, §§ 1 et 2, *de Min.*
[3] F. 9, § 2 ; f. 37, § 1, *de Min.*
[4] F. 11, §§ 3 à 5 ; f. 7, § 8.
[5] F. 24, § 1 ; f. 4, l. IV, t. 1 ; f. 9, pr. ; f. 43, *de Min.;* f. 1, Code, II, 29 ; f. 1, Code, II, 37.

d'eux est insolvable, la restitution sera accordée contre les deux autres, parce que c'est entre eux deux seulement que le mineur était tenu de faire la division. Tous, au contraire, sont-ils actuellement solvables, les insolvabilités postérieures n'autoriseront pas la restitution, car ici la loi exigeait d'une manière absolue que le mineur divisât ses poursuites comme il l'a fait. » (F. 51, § 4 ; f. 52, § 1 ; l. XLVI, t. 1 [1].)

§ II. — *Absence de toute autre voie de droit ou d'une voie équivalente.*

La *restitutio in integrum* étant un remède extraordinaire, on ne doit l'obtenir qu'à défaut des voies de recours ordinaires, ce que dit formellement Ulpien : « *Si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium* [2]. » Cette condition qui, à l'inverse de la lésion, s'applique aussi à l'*in integrum restitutio* des majeurs, implique d'abord l'inutilité de la restitution contre tout acte nul d'après le droit civil lui-même, ce qui n'existe pas ne pouvant être rescindé. Du reste, comme le remarque M. Accarias, la *restitutio* n'est donnée contre un acte valable qu'autant que cet acte n'échappe pas à la possibilité d'un anéantissement juridique. Ainsi, la liberté étant irrévocable, le mineur ne sera pas restitué contre des affranchissements même très préjudiciables : à ce point de vue, il trouve jusqu'à l'âge de vingt ans une protection suffisante dans la loi *Ælia sentia*.

A. N'étaient donc pas rescindés : 1° les actes du pupille non autorisé (F. 16, pr., *de Min.*) ; 2° les donations et autres actes faits par un tuteur ou un curateur, en dehors de ses pouvoirs ; 3° les aliénations prohibées par le sénatus-consulte

[1] Voir encore parmi les cas où la restitution est refusée : f. 2, C., II, 43 ; f. 7, C., II, 22 ; f. 9, § 4, D., *de Min.* ; f. 11, §§ 4 et 5; f. 24, § 1; f. 9, Code, II, 22 ; f. 9, § 6, D., *de Min.* ; f. 10, D., *de Min.* ; f. 11, pr. ; f. 48, § 1 ; ff. 2 et 3, II, 31, Code ; f. 33.

[2] F. 16, pr., *de Min.*

de Septime Sévère, émanant du tuteur ou du curateur agissant seul, du pupille autorisé, ou de l'adulte agissant avec ou sans le consentement de son curateur[1].

Cependant deux textes de Scevola[2] accordent la restitution contre des aliénations immobilières, bien qu'elles soient nulles en principe. Mais leur auteur vivait avant Septime Sévère ; il ne commit donc aucune erreur, et c'est à tort que sa décision a été insérée au Digeste, car depuis Constantin et l'extension qu'il a donnée au sénatus-consulte, elle est si inexacte qu'il n'est même pas possible de l'appliquer à un *prædium urbanum*. On peut citer bien d'autres cas où la restitution est inutile, par exemple, celui où un mineur se serait engagé dans une société léonine qui eût été nulle même entre majeurs[3].

B. Il n'y a pas non plus lieu à restitution, quand le pupille ou le mineur trouve une pleine et efficace protection dans ses actions contre les tuteurs ou curateurs, contre leurs cautions, ou contre les magistrats municipaux. Mais la solvabilité des tuteurs ou curateurs s'oppose-t-elle nécessairement à l'*in integrum restitutio* contre les actes qu'ils ont faits ou auxquels ils ont participé ? La distinction suivante présentée par M. Accarias et puisée dans la nature même de l'institution prétorienne, paraît fondée. La restitution ne sera pas admise si elle ne présente pour le mineur aucun avantage particulier ; elle le sera, au contraire, quand elle donnera pleine satisfaction à ses intérêts. Deux exemples nous le feront comprendre, et nous les tirerons du Code. Un tuteur touche un paiement au nom de son pupille, et dissipe l'argent ; la restitution aura alors pour résultat de faire payer le débiteur une seconde fois. Or, comme il importe peu au pupille de recevoir l'argent de son débiteur ou de son tuteur, il n'aura que l'action de tutelle. Il s'agit, au contraire, d'une aliéna-

[1] F. 49, *de Min.*
[2] F. 39, p. 1 ; f. 47, § 1.
[3] F. 16, § 1.

tion mal faite, alors le pupille peut préférer recouvrer son bien en nature, plutôt que d'obtenir une indemnité de la part de son tuteur. On lui accordera dans ce cas la *restitutio*, car l'action de la tutelle n'aboutirait qu'à une satisfaction pécuniaire [1].

Toutefois ces textes ne faisant pas expressément la distinction que nous indiquons, des auteurs en ont conclu que le mineur peut toujours, même en cas de solvabilité du tuteur ou du curateur, se faire restituer plutôt que de les poursuivre. C'est ainsi que Maynz nous dit : Contrairement à la règle que la restitution ne doit être accordée qu'à défaut de tout autre moyen, le mineur l'obtient, du moins dans le droit nouveau, lors même qu'il pourrait réparer d'une autre manière le dommage dont il se plaint. Particulièrement le mineur *sui juris* peut être restitué contre les actes de son tuteur ou curateur, quoiqu'il ait une action personnelle contre ce dernier. (D., l. XXVI, tit. VII, f. 25.) Une telle doctrine qui n'a pour elle que de rares textes plus ou moins explicites ne saurait être admise, car elle est trop contraire au but même que le préteur s'est proposé en venant au secours des mineurs de vingt-cinq ans. De plus, elle est en contradiction formelle avec le principe général posé par Ulpien et que nous avons déjà énoncé : « *Si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* » Comment supposer que les empereurs Dioclétien et Maximien qui devaient avoir ce texte sous les yeux en donnant leurs rescrits l'aient pour ainsi dire abrogé sans s'expliquer plus formellement ? C'est inadmissible.

C. La *restitutio in integrum* est donc un recours subsidiaire, ce qui devait être, puisque contrairement à l'équité et au crédit public, elle produit son effet contre des tiers de bonne foi et des actes valables. Cependant le mineur dont le consentement a été extorqué par violence ou surpris par dol,

[1] FF. 3 et 5, II, 25, Code.

peut opter entre la restitution ou l'action *quod metus causa* [1], et il ne lui est pas permis d'exercer l'action *de dolo* quand il peut se faire restituer [2]. Ces dérogations à la règle générale établie par Ulpien se justifient par les conséquences très graves de ces deux actions : l'action *quod metus causa* expose le défenseur à une condamnation au quadruple, l'action de dol à l'infamie.

SECTION II

CAUSES POUR LESQUELLES ELLE EST DONNÉE

Nous avons maintenant à étudier les causes mêmes qui font accorder ou refuser la *restitutio*. Les mineurs, avons-nous dit, sont restitués non seulement contre les actes qu'ils ont fait (*gesta*), mais encore contre ceux qu'ils ont omis de faire (*prætermissa*). Après avoir examiné successivement ces deux hypothèses, nous verrons quand on peut dire qu'un mineur a été *captus*, et nous indiquerons, pour terminer, les causes qui ne donnent pas lieu à restitution.

§ I

I. Parmi les actes du mineur nous trouvons au premier rang ses contrats et ses quasi-contrats. Tout mineur trompé dans un achat, une vente, un contrat de société, un prêt d'argent dont il n'a pas profité (c'est à son adversaire à faire cette preuve), doit être restitué (f. 7, § 1, *de Min.*). Ainsi, quand on a vendu, conformément au sénatus-consulte de Septime Sévère, une chose appartenant à un pupille ou à un mineur de vingt-cinq ans, cette vente est certainement valable; mais si le préjudice éprouvé est trop grand, le pupille ou le mineur sera restitué (f. 49, *de Min.*). Si au contraire il

[1] D., 21, § 6, IV, 2.
[2] F. 7, §§ 1 et 2, IV, 4; f. 38, IV, 3; f. 27, § 3, *de Min.*

s'agit d'une chose dont la vente est prohibée, par exemple d'un *prædium rusticum*, le contrat est nul de plein droit et la restitution inutile. De même, la restitution doit être accordée aux mineurs contre les pièges que leur auront tendus leurs curateurs et les ventes fictives, *commentitiæ exauditiones*, qu'ils auront consenties [1]. Il y a encore lieu à restitution si une position parfaitement sûre avait été abandonnée pour une position incertaine et litigieuse [2], par suite d'une novation désavantageuse [3], d'une *acceptilation* sans cause légitime [4]. Non seulement le mineur est restitué pour les contrats faits dans son propre intérêt, mais encore pour les dettes qu'il a contractées, les cautionnements, hypothèques ou gages qu'il a donnés pour autrui [5], les compromis qu'il a faits dans le même but devant le juge et avec l'autorisation de son tuteur [6]. Un rescrit d'Alexandre Sévère, confirmant les décisions de Paul et d'Ulpien [7] accorde la restitution à une mineure qui, par suite de manœuvres frauduleuses, avait donné en dot tout son patrimoine. Un mineur a dissipé l'argent qui a été versé entre ses mains à titre de paiement, il sera restitué [8]; car le débiteur eût pu le contraindre à se faire nommer un curateur, entre les mains de qui il aurait payé, ou à déposer la somme dans un lieu public à ce destiné. Il en est de même, dit Gaius, du prêt reçu et dissipé par le mineur [9], mais Paul observe avec raison que la restitution doit s'accorder plus difficilement au cas de paiement qu'au cas de prêt, celui-ci étant purement bénévole de la part du créancier, tandis que le débiteur peut être contraint d'acquitter sa dette [10].

[1] Code, f. 2, II, 28.
[2] D., f. 6, *de Min.*
[3] F. 27, § 3; f. 40.
[4] F. 27, § 2.
[5] F. 7, § 3.
[6] F. 34, § 1.
[7] Code, II, 34; D., f. 9, § 1; f. 48, § 2, *de Min.*
[8] F. 7, § 2.
[9] F. 27, § 1.
[10] F. 24, § 4.

Bien que rare en fait, la restitution n'en subsiste pas moins en principe et peut au besoin faire revivre l'obligation du débiteur qui a payé le mineur, même en présence de son curateur, comme le déclare formellement une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien [1]. Un tel état de choses était trop contraire au crédit public pour subsister : aussi Justinien est-il venu au secours à la fois des débiteurs et des mineurs dans une constitution adressée aux avocats de Césarée, où il prescrit, pour avoir sécurité complète, de ne payer qu'après y avoir été autorisé par sentence judiciaire [2]. Cette règle, observe M. Ortolan, ne s'applique pas au payement des fermages, intérêts et autres revenus qui sont dus au pupille. M. de Savigny n'a voulu voir dans cette constitution qu'une formalité pouvant servir à rendre plus difficile la restitution, mais impuissante à l'écarter absolument. C'est là une interprétation repoussée avec raison par presque tous les auteurs, car elle est inadmissible, en présence d'un texte aussi net où nous trouvons des phrases telles que celle-ci : « *Sequitur hujus modi causam plenissima securitas, ut nemo in posterum inquietetur. Non enim debet, quod rite et secundum leges ab initio factum est, ex alio eventu rescuscitari* »

La *restitutio in integrum* déroge aux règles du droit civil sur la répétition de l'indû. Le mineur, qui a payé l'indû, l'obtiendra sans aucun doute, dit Gaius, au moyen d'une action utile, alors que le droit civil ne l'accorderait pas [3]. Quant au majeur de vingt-cinq ans, il ne l'obtiendra qu'en justifiant d'une cause légitime d'erreur. Cette décision est confirmée par un rescrit de Dioclétien et Maximien, qui disent qu'il est raisonnable d'accorder la répétition d'un legs payé indûment, bien que le mineur ait commis une erreur de droit [4]. M. Accarias dit qu'on n'oppose jamais au mineur

[1] Code, f. 1, II, 33.
[2] F, 25, V, 37; Inst., II, 8, § 2.
[3] D., f. 25, pr., *de Min.*
[4] Code, f. 2, II, 33.

d'avoir ignoré le droit. Par exemple, un mineur croyant qu'il devait acquitter intégralement les legs du défunt, a payé au delà de ce que la loi Falcidie lui permettait de payer; il pourra répéter, bien que, dans ce cas, un majeur de vingt-cinq ans ne le puisse pas. Ulpien approuve l'avis de Pomponius accordant ici protection au mineur qui a répudié un legs imprudemment, ou à celui qui, débiteur d'une dette alternative, a donné la chose la plus précieuse, ou à cet autre qui, jouissant du droit d'option entre deux objets, a choisi le pire [1]. Il applique aussi cette décision au cas où le mineur a fait une dation en paiement inconsidérée [2], et dit qu'on devra, dans ce cas, lui rendre le capital et les intérêts.

II. L'état des citoyens avait à Rome une trop grande importance pour pouvoir, en principe, être modifié par la *restitutio*, mais il y avait des exceptions. Ainsi, Ulpien cite le cas d'un jeune homme adrogé par un homme de mauvaise vie, qui aurait voulu, en l'adrogeant, non pas le rattacher à lui par des liens de famille, mais faire une bonne affaire en le dépouillant de son patrimoine [3]; il nous dit que ce mineur devra être restitué contre les conséquences d'une pareille adrogation. Ceci prouve, dit Savigny, que toute *capitis deminutio* n'échappe pas à la restitution, comme semble l'indiquer la loi 9, § 4, *de Minor.*, qui s'exprime en termes trop généraux quand elle dit : « *Res nec capit restitutionem cum statum mutat.* »

III. Occupons-nous maintenant de la *restitution* au point de vue des successions. Elle s'accorde ici de la façon la plus large, qu'il s'agisse d'une succession civile ou prétorienne, d'une adition ou d'une immixtion désavantageuse, d'une renonciation ou d'une abstention malencontreuse [4]. Cette restitution ne sera pas seulement accordée au fils qui s'est

[1] D., f. 7, § 7, *de Min.*
[2] F. 40, § 1.
[3] F. 3, § 6.
[4] F. 7, § 5.

immiscé dans la succession paternelle, mais encore à tout mineur héritier nécessaire : ainsi on la donnera à l'esclave institué héritier et affranchi qui s'est immiscé dans l'hérédité, afin qu'il puisse obtenir la séparation de biens [1]. Celui qui fait acte d'héritier à l'égard d'une hérédité qu'il avait déjà répudiée, peut se faire restituer toutes les conséquences de cet acte, afin de s'abstenir; mais il devra rendre le profit qu'il en a retiré [2]. Ceci fut modifié par une constitution de Justinien [3], qui décida que le mineur restitué contre une adition d'hérédité qu'avait faite son père et l'ayant ainsi répudiée, ne pourra plus se faire restituer contre cette répudiation afin de faire une nouvelle adition « *ne ludibrio leges ei fiant*, dit l'Empereur, *sæpius eamdem et amplecti et respuere hæreditatem cupienti.* » Justinien alla encore plus loin dans la novelle 119, cap. VI, dont voici le résumé : Quand un mineur voudra se faire restituer contre une adition d'hérédité, on convoquera à son domicile tous les créanciers, s'ils sont présents; sinon ils y seront cités par le juge et on attendra trois mois. Faute par eux de se présenter dans ce délai, le mineur obtiendra la restitution et le juge désignera un endroit où seront déposés les objets composant l'hérédité.

Par la restitution, le préteur met aussi en rapports avec la succession le mineur qui avait eu tort d'y rester étranger : il le relève du préjudice que lui cause l'inaccomplissement de la condition sous laquelle il était institué [4]. Au point de vue de la substitution pupillaire même, quand l'institué mineur de vingt-cinq ans s'est fait restituer *in integrum* contre sa répudiation, le testament reprend *jure prætorio* l'effet que, selon le droit civil, il avait définitivement perdu [5]. Vis-à-vis d'une donation inofficieuse, le défunt étant mineur, son héritier doit recourir à la *restitutio*, voie plus avantageuse

[1] Code, f. 1, II, 39.
[2] D., f. 7, §§ 5 et 9, *de Min.*
[3] Code, f. 8, § 6, VI, 60.
[4] D. f. 6, l. IV, t. 1; ff. 22, 29, § 2, 30, 31; f. 3. § 8, *de Min.*
[5] F. 2, § 3, *de Vulg. et pup. subst.*

d'ailleurs en ce qu'elle le fait restituer pour le tout et non pas seulement dans la mesure de sa quarte [1]. Relativement à l'*addictio bonorum, libertatum conservandarum causa*, la liberté qui est ainsi régulièrement acquise aux esclaves ne saurait, quoi qu'il arrive plus tard, leur être enlevée, dit M. Accarias. Si donc on suppose l'*addictio* prononcée à la suite de l'abstention d'un *suus* mineur de vingt-cinq ans, qui plus tard se ravise et obtient la *restitutio*, les biens lui sont assurément restitués, et dans cette mesure les effets de l'*addictio* s'évanouissent ; mais les affranchis restent libres (f. 4, § 5, *de Fid. lib.*).

IV. Les actes judiciaires ne sont pas non plus à l'abri de la restitution : « *Sed et in judiciis subvenitur* : *sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit*, » dit Ulpien [2]. Ainsi, que le mineur eût été demandeur ou défendeur, qu'il ait laissé passer les délais d'appel ou périmer l'instance, qu'il ait fait défaut, que par sa dénégation il ait encouru une peine double ou quadruple de celle qu'un aveu ou une transaction lui eût évitée [3], dans tous ces cas, il n'a qu'à s'adresser au magistrat pour obtenir la restitution. Ces décisions du Digeste sont confirmées par des rescrits impériaux insérés au Code [4] qui accordent la restitution dans des hypothèses analogues. Elle est même admise contre la sentence du magistrat qui a refusé à un mineur la *restitutio* qu'il sollicitait, pourvu qu'il présente de nouveaux moyens de défense. Elle est admise non seulement quel que soit le moyen de défense, mais encore quel que soit le magistrat qui l'ait rendue. Ainsi le préfet du prétoire peut restituer *in integrum* contre sa décision, bien qu'elle ne soit pas susceptible d'appel [5]. Il n'y a pas là de contradiction, dit Hermogénien, car l'appel est une plainte contre un jugement que l'on croit inique,

[1] F. 4, C., III, 29.
[2] F. 7, § 4, *de Min.*
[3] F. 7, §§ 11 et 12; ff. 8 et 9, § 2.
[4] C., ff. 2 et 4, II, 27.
[5] D., f. 17, *de Min.*

tandis que la demande d'une restitution ne se fonde que sur une erreur de la part du plaignant ou un dol de l'adversaire. Les exemples de restitutions accordées contre les jugements rendus par le prince sont très rares ; il faut pour cela que le mineur prétende que les motifs mis en avant pour sa défense sont faux ; alors la restitution pourra être accordée même contre une sentence confirmée en appel [1]. Nous voyons par Gaius, nous dit M. Ortolan, qu'entre autres pertes de droits ou préjudices contre lesquels on pouvait se faire restituer, figuraient la perte d'une exception qu'on aurait négligé de faire valoir, la délivrance d'une formule inique (Gaï., *Comment.* 4, §§ 57 et 25), et même, selon les constitutions impériales, la chose jugée (D., f. 7, § 4 ; f. 9, pr.). Le mineur seul a qualité pour demander ici la restitution, puisqu'elle est établie dans son intérêt exclusif ; il est donc libre de ne pas en user, parce que, comme dit Julien, « *unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt* [2]. »

V. Nous avons vu que le mineur était restitué non seulement contre les actes qu'il avait faits seul, mais encore contre ceux qu'il avait faits avec l'autorisation de son tuteur ; nous avons cité plusieurs exemples à l'appui : on pourrait en donner d'autres [3]. Il y a plus : le mineur lésé par les actes que son curateur a faits lui-même peut encore être restitué, sans distinguer s'il y a ou non de la part de celui-ci intention frauduleuse [4]. M. Accarias nous montre comment on en est arrivé à ce progrès : la restitution ne s'appliqua d'abord qu'à des actes faits par le mineur lui-même. Le texte de l'Édit le prouverait au besoin (f. 1, § 1) si cela ne résultait, avec plus de force encore, d'une considération historique : c'est que l'innovation prétorienne remonte à une époque où les mineurs n'avaient pas encore de curateur général qui admi-

[1] F. 18, §§ 1 et 2.
[2] F. 41, *de Min.*
[3] F. 29, pr., Code, f. 2, II, 25 ; f. 3.
[4] C., f. 2 à 5, II, 25 ; D., f. 47, pr. ; f. 39, Code, II, 45 ; f. 1.

nistrât pour eux, Nul doute, au surplus, qu'elle ne fût accordée même au mineur qui s'était fait assister d'un curateur spécial conformément à la loi *Plœtoria*. Aussi ne paraît-il pas qu'on ait hésité, après l'introduction des curateurs généraux, à maintenir indistinctement la restitution pour tous les actes faits par le mineur, soit seul, soit avec le *consensus* de son curateur. Logiquement cela conduisait à décider que les actes de gestion du curateur lui-même n'échapperaient pas à la *restitutio*.

Dans ce cas, le mineur peut agir d'abord contre son curateur, qui de ce chef se trouve obligé envers lui [1], ce qui ne l'empêche pas de demander ensuite la *restitutio*. Ainsi un mineur plaide à la fois contre son tuteur et son curateur, et celui-ci est seul condamné ; il pourra néanmoins demander la restitution contre son tuteur [2]. Même dans le cas où le mineur peut agir contre son curateur, si celui contre qui il demande la restitution doit en éprouver un grand préjudice, Scévola dit qu'on ne la lui accordera pas, à moins qu'il ne consente à l'indemniser par avance [3].

Le mineur n'est pas seulement restituable contre ce qu'il a fait en son propre nom, mais encore contre ce qu'il a fait au nom d'un majeur, comme *negotiorum gestor*, celui-ci ne devant nullement souffrir d'une gestion dont il ne l'avait pas chargé [4]. Mais s'il avait agi comme mandataire, il ne serait pas restituable à moins qu'il n'eût été lésé par là même ; autrement la restitution profiterait au mandant majeur [5]. A l'inverse, si le maître dont l'affaire a été gérée est seul mineur, il n'obtiendra la restitution que s'il a donné un mandat et que son mandataire n'ait pu conserver la chose. Il est évident que celui qui s'est spontanément offert pour défendre un mineur en justice et a été condamné, peut être

[1] F. 45, *de Min.*
[2] F. 25, XXVI, 7.
[3] F. 39, § 1.
[4] F. 24, pr.
[5] F. 23.

poursuivi par l'*actio judicati;* quant à son client, sa minorité ne pourra le faire restituer, cette *actio judicati* n'étant pas dirigée contre lui. Il ressort de là que le mineur qui n'a pas fourni pour son défenseur la caution *judicatum solvi* et pour qui celui-ci a été condamné, ne peut obtenir de restitution contre la sentence judiciaire [1]. Si le mineur de vingt-cinq ans, *dominus litis*, fait rescinder le jugement rendu contre son *procurator,* la *stipulatio de rato* ne deviendra pas pour cela exigible, à moins que le cas n'ait été prévu par une clause spéciale. Le motif de cette décision est évident : c'est que, le mineur eût-il plaidé lui-même, la *restitutio* lui serait encore ouverte. Il ne fait donc qu'user du droit commun [2].

Le mineur qui n'est pas restituable contre les actes de son *procurator*, à moins d'un mandat exprès de sa part, l'est au contraire toujours contre les actes de son tuteur ou de son curateur, puisqu'il est tenu par là-même d'une action utile [3]. Bien plus, il est parfois restituable contre les paiements faits entre leurs mains [4], comme nous l'avons vu en parlant de la réforme de Justinien.

Quand nous parlons de restitution pour les mineurs contre les actes de leurs tuteurs et curateurs, il faut remarquer qu'il ne s'agit ici que de ceux qui ont le pouvoir d'administrer, c'est-à-dire qui ont donné caution. Autrement la restitution serait inutile, les actes qu'ils feraient étant nuls de plein droit.

§ II.

Nous arrivons aux cas où le mineur est restitué contre les actes qu'il a omis de faire, par suite de quoi il s'est trouvé lésé. Le Code consacre ici formellement le principe : « *Minoribus in his quæ vel præterniserunt vel ignoraverunt, innu-*

[1] F. 46.
[2] Accarias, II, p. 1295, note 2.
[3] Code, f. 5, II, 27.
[4] F. 1, II, 33.

meris auctoritatibus constat esse consultum [1]. » Nous avons de nombreux exemples à l'appui : un mineur a-t-il vu adjuger à un autre une chose qui se vendait aux enchères, il obtiendra la *restitutio* s'il est prouvé qu'il y avait intérêt, par exemple, parce que cette chose avait appartenu à ses ancêtres [2]. Il en serait de même s'il avait omis de se faire envoyer en possession des biens de son père [3]; seulement ses frères viendront ici recueillir leur part.

Le mineur est restituable contre l'usucapion accomplie à son préjudice; Labéon dit qu'il faudrait même restituer l'enfant conçu contre lequel on aurait usucapé avant sa naissance [4]. Les empereurs Dioclétien et Maximien accordent formellement au mineur la *restitutio* contre une usucapion qui l'aurait dépouillé [5]. Cujas admet cette décision pour le cas où l'usucapion aurait commencé contre le mineur lui-même; mais il la repousse pour le cas où elle aurait commencé contre un majeur dont le mineur serait devenu l'héritier pendant que l'usucapion continuait à courir contre lui, le fait seul de la mort du majeur ne pouvant, suivant lui, changer l'état du droit. Cette distinction, il est vrai, est assez ingénieuse, mais rien dans le rescrit des Empereurs ne peut la faire supposer, et elle ne paraît pas conforme au but même de l'institution prétorienne.

Un mineur peut être restitué contre une péremption d'instance [6]; la sentence est dite *ex eremodicio* lorsqu'elle est rendue en l'absence du demandeur régulièrement cité, et elle n'est plus alors susceptible d'appel. Nous déciderons de même au cas où le mineur a été condamné par contumace, et pour avoir omis d'articuler certains faits [7]. Une mineure dont le père avait acheté avant sa mort un fonds de terre,

[1] Code, f. 1, II, 22.
[2] D., f. 35, *de Min.*
[3] C., f. 2, II, 40.
[4] D., f. 45, *de Min.*
[5] C., II, 36.
[6] D., f. 7, § 12, *de Min.*
[7] FF. 8 et 36.

en faisant insérer dans le contrat une *lex commissoria*, demandait la restitution, parce que, disait-elle, ses tuteurs n'ayant pas obéi à cette *lex commissoria*, le propriétaire non payé avait revendu à un tiers. Le préteur et le préfet de la ville refusèrent, le contrat de vente ayant été passé par son père et non par elle. Paul approuve cette décision, mais blâme l'empereur qui, touché du sort de cette mineure, l'avait affranchie de la *lex commissoria* et restituée *in integrum*[1]. Il critique longuement le rescrit impérial.

§ III.

Demandons-nous maintenant quand l'on peut dire qu'un mineur a été *captus*, et a par conséquent droit à la restitution.

A. Ulpien nous l'indique sous forme d'énumération : « *Si ab aliis circumventi* (*minores*), *vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserunt aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserunt : aut se oneri, quod non suscipere licuit obligaverunt*[2]. » Ainsi, comme nous l'avons déjà vu, un mineur de vingt-cinq ans est *captus*, non seulement à raison du dommage direct qu'il a éprouvé, mais encore par le fait seul d'avoir manqué de s'enrichir[3]. Paul rapporte l'opinion de Scévola qui fait à cet égard une distinction, en prenant le cas d'un mineur qui a répudié une succession : « Si, dit-il, les choses sont encore dans leur entier, nul doute qu'il ne doive être restitué contre sa répudiation ; mais si les biens sont déjà vendus et toutes les affaires de la succession terminées, on lui refusera toute restitution parce qu'il serait inique de lui permettre de recueillir, sans s'être donné aucune peine, le travail d'un autre[4]. » Une constitution de Justinien est venue modifier l'ancien droit pour le cas où les

[1] F. 38, pr.
[2] F. 44, *de Min.*
[3] F. 7, §§. 6 et 7 ; Code, F. 1, II, 40.
[4] D., f. 24, § 2, *de Min.*

choses sont encore dans leur entier. « S'il s'agit, dit l'Empereur, d'un majeur de vingt-cinq ans qui ne soit plus dans les délais pour obtenir la restitution, on lui accordera trois ans. S'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur qui soit encore dans les délais, alors, après le délai de quatre années continues, ou d'une année utile, on lui accordera trois ans pendant lesquels, les choses restant dans le même état, il pourra faire adition d'hérédité et revenir sur sa répudiation. Ce nouveau délai expiré, il n'a plus aucun moyen de revenir sur ce qui a été fait, à moins que les objets héréditaires n'aient été vendus pendant sa minorité même, auquel cas il a droit à la *restitutio in integrum*, pour recouvrer ses biens et désintéresser les créanciers de son père [1]. »

B. Le mineur est dit *captus* même par cela seul qu'il se soumet à quelques charges ; lorsque, par exemple, il est engagé dans un procès et fait l'avance des frais [2]. Il est restitué non seulement lorsque son co-contractant est coupable de dol, mais encore lorsque, sans dol de sa part, il a été lésé par suite de sa propre faiblesse et de son inexpérience, sauf les cas fortuits [3]. Le mineur ne peut se prétendre lésé quand il a agi comme eût agi un bon père de famille ; par exemple, lorsque, avant son mariage, il a fait à sa fiancée une donation minime en présence du curateur [4]. En effet, comme dit l'empereur Zénon : « *Non videtur circumscriptus esse minor qui jure sit usus communi* [5], » ce qu'aurait déjà exprimé Ulpien par ces mots : « *Non capitur qui jus publicum sequitur.* » Il est évident qu'un mineur ne peut être lésé par un acte qui serait nul de plein droit et contre lequel le droit commun le protégerait suffisamment ; car, s'il a une action, la *restitutio* ne lui sera point accordée [6]. »

[1] Code, f. 6, VI, 31.
[2] D., f. 6, *de Min.*
[3] F. 11, §§ 4 et 5 ; f. 24, § 1, *de Min.*; Code, f. 5, pr. et § 1, II, 22.
[4] F. 1, II, 30.
[5] F. 9, II, 22.
[6] F. 3, II, 22 ; D., f. 16, pr., *de Min.*

C. Non seulement le mineur, mais aussi le majeur de vingt-cinq ans, lorsque, par suite de machinations frauduleuses, ils ont fait un contrat de société, ont droit d'être protégés, nous dit Ulpien, rapportant à ce sujet un avis de Labéon [1] ; car un contrat de bonne foi, tel que la société, est nul de plein droit lorsqu'il est entaché de dol. Il en serait de même d'une société faite *donationis causa*, car une pareille clause serait contraire à la nature de cette convention. Si les *prædia rustica* d'un mineur ont été aliénés sans décret du prince, une pareille aliénation est nulle de plein droit, et ici encore le mineur qui l'a consentie n'a pas besoin du secours de la *restitutio*. Dioclétien et Maximien nous donnent une décision analogue à propos d'une donation faite par un père à sa fille et à son fils émancipés ; ils déclarent nulle de plein droit l'aliénation faite par le père de l'objet qu'il avait ainsi donné, ce qui rendait inutile toute restitution [2].

D. La restitution n'ayant pas lieu là où le mineur est protégé par le droit commun, elle ne doit évidemment pas se donner au mineur qui a négligé d'interrompre une prescription qui ne peut courir contre lui [3]. Par la même raison, elle est inutile pour le mineur qui a négligé de faire sommation à son débiteur afin de le mettre en demeure ; car, à son égard, la demeure résulte du seul fait de retard dans le paiement, comme dans les contrats de bonne foi [4], et son débiteur lui doit de plein droit les intérêts. Le mineur n'a pas davantage besoin d'être restitué contre la négligence qu'il aura commise en ne vengeant pas la mort de son père, cette omission ne pouvant lui préjudicier [5].

Dans le cas où le mineur n'est pas protégé par le droit commun, la restitution lui sera accordée, bien qu'il puisse

[1] D., f. 16, § 1.
[2] Code, f. 2, II, 30.
[3] FF. 2 et 5 ; Code, II, 41.
[4] F, 3, *id.*
[5] F. 1, *id.*

se servir d'une autre action pour recouvrer ce qu'il a perdu, par exemple, d'une *condictio sine causa*. Voici un exemple à l'appui : « Un héritier avait été chargé par le défunt de remettre à sa nièce mineure plusieurs objets, à la condition qu'elle les lui rendrait si elle mourait sans enfants ; cet héritier étant mort, la nièce avait donné caution à son héritier pour garantir qu'elle rendrait les objets. » Ariston, dit Ulpien, pense que cette femme devra être restituée *in integrum ;* mais Pomponius, citant cette hypothèse, ajoute que la caution peut être poursuivie par une *condictio incerti*, même par un majeur ; en sorte qu'il n'est pas en sûreté de plein droit, mais par la *condictio*[1]. Il y avait de la part de cette femme une erreur qui consistait à croire que le fidéicommis dont elle était grevée envers l'héritier de son oncle pouvait passer à l'héritier de cet héritier, tandis qu'il se trouvait au contraire éteint par sa mort arrivée *pendente conditione*, ce qui la rendait propriétaire irrévocable. Tels sont les cas dans lesquels le mineur de vingt-cinq ans a été véritablement lésé et peut être restitué.

§ IV.

Étudions maintenant les cas dans lesquels on n'accorde pas la *restitutio in integrum*.

A. D'abord, il n'y a pas droit quand il a commis un délit : « *Placet in delictis minoribus non subveniri, nec hic itaque subvenietur*, » dit Ulpien[2]. Le Code n'est pas moins explicite : « *In criminibus quidem ætatis suffragio minores non juvantur. etenim malorum mores infirmitas animi non excusat*[3]. » Ainsi Ulpien refuse la restitution à celui qui aurait encouru le divorce par suite d'un délit considérable, *delictum non modicum ;* « *nam*, ajoute-t-il, *si adulterium minor commisit, ei*

[1] F. 16, § 2.
[2] F. 9, § 2.
[3] Code, f. 1, II, 35.

non subvenietur[1]. » Tryphoninus la refuse aussi au mari qui aurait laissé passer le délai de soixante jours pendant lequel il pouvait accuser sa femme d'adultère, sans s'exposer à la peine des calomniateurs, car il ne voit là pour lui que l'occasion de commettre impunément un délit[2].

Si le mineur n'est pas restituable contre son délit lui-même, il peut cependant l'être contre des actes postérieurs qui feraient accroître la peine, ou même contre ses omissions postérieures qui, si elles n'eussent pas eu lieu, auraient pu faire adoucir la peine[3]. Ainsi Ulpien accorde la restitution au mineur qui a omis de déclarer des marchandises sujettes aux droits de douane, pourvu qu'il n'y ait pas eu dol de sa part[4]. La restitution n'est pas non plus accordée au mineur qui a trompé quelqu'un en contractant, lorsque, par exemple, il s'est faussement fait passer pour majeur[5]. Mais si celui contre qui le mineur réclame la restitution après l'avoir trompé était lui-même de mauvaise foi, c'est-à-dire savait qu'il avait affaire à un mineur, nul doute qu'alors elle ne doive être accordée[6]. Il en serait de même si un mineur s'était de bonne foi cru majeur, parce que ses parents avaient donné sur leurs tablettes une fausse date à sa naissance[7]. Dans les procès qui ont une grande importance et où la question d'âge est en jeu, le juge ne doit donc pas croire facilement le mineur qui se prétend majeur ; aussi ne procédera-t-il dans ce cas que *cognita causa*[8].

Lorsqu'un majeur de vingt ans, mineur de vingt-cinq ans, s'est laissé vendre pour partager le prix d'achat avec son vendeur, il est indigne de toute restitution ; il subira alors irrévocablement la peine du sénatus-consulte Claudien,

[1] D., f. 9, § 3 *de Min.*
[2] F. 37, § 1.
[3] F. 9, § 2.
[4] F. 9, § 5.
[5] Code, f. 2, II, 43 ; D., 32, 43 ; C. II, 22 ; f. 1 ; Mayuz.
[6] F. 7, II, 22 ; Code, D., f. 32, *de Min.*
[7] Code, ff. 1 et 4, II, 43.
[8] F. 3, II, 43 ; D., f. 43, *de Min.*

parce que, dit Papinien, il y a là un changement du *status* qui ne comporte pas la restitution [1]. La règle que la liberté une fois donnée ne se reprend plus, règle qui avait motivé une des dispositions de la loi *Ælia Sentia*, devait aussi apporter des entraves à l'obtention du bénéfice prétorien : « *Adversus libertatem quoque minori a prætore subveniri impossibile est* [2]. » C'est ce qui a lieu quand un mineur de vingt-cinq ans, majeur de vingt ans, a acheté un esclave à condition de l'affranchir et l'a effectivement affranchi ; l'esclave est alors définitivement libre. De même, si un mineur a obtenu d'être restitué contre l'adition qu'il aurait faite en vertu d'un testament qui affranchissait des esclaves héréditaires, les affranchissements seront maintenus [3]. Toutefois, Paul dit que le principe posé par Ulpien souffre exception, « *si ex magna causa hoc a principe fuerit consecutus,* » ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'un esclave étant parvenu par des manœuvres frauduleuses à se faire affranchir par un maître mineur à qui il était nécessaire, celui-ci a par suite de cela éprouvé un préjudice considérable [4]. La restitution étant, en général, impossible, on cherchait à atténuer le préjudice qui pouvait en résulter pour le mineur, en lui ouvrant la ressource d'une action de dol ou d'une action utile, afin de recouvrer le prix de la valeur de l'esclave [5]. Quand on dit que la *restitutio* est impossible contre les affranchissements, il faut supposer que la manumission a déjà eu lieu ; car si elle n'a pas encore eu lieu le mineur peut très bien se faire restituer contre l'obligation où il est d'affranchir [6]. Lorsqu'il s'agit de la liberté, comme il n'y a de restitution possible pour personne, il faut de toute nécessité recourir à l'appel ;

[1] F. 9, § 4, *de Min.*
[2] F. 9, § 6.
[3] F. 7, § 10.
[4] F. 10.
[5] F. 11, pr., et f. 48, § 1 ; Code, ff. 2 et 3, II, 31.
[6] D., f. 33, f. 11, § 1, *de Min.* ; Code, f. 1, II, 31.

il en est de même lorsqu'il s'agit d'une sentence relative à la *causa liberalis* [1].

B. Voici, à titre d'exemples, d'autres cas dans lesquels il n'y a pas lieu à *restitutio in integrum*. Si le mineur n'est pas restituable contre ses délits, il ne l'est pas davantage contre la négligence qu'il a mise à tirer vengeance d'un délit [2]. Il n'est pas non plus restitué contre l'oubli qu'il a commis en ne retirant pas le gage que son auteur avait constitué, et que le créancier a vendu, à moins toutefois qu'il n'ait par suite de cette omission éprouvé un préjudice considérable [3]. Mais si le créancier qui a vendu s'est entendu avec l'acheteur pour que le gage soit vendu à un prix moindre que sa valeur, le mineur obtiendra certainement la restitution, même quand ce serait le fisc qui l'aurait vendu [4]. Enfin il n'y a pas de restitution possible dans les cas où le mineur a prêté serment d'une manière sensible, *corporaliter*, par exemple la main sur l'autel ou sur l'Évangile [5] pourvu que la légèreté de son âge soit la seule cause de la lésion qu'il a éprouvée. En effet, s'il avait été trompé par son contractant, il pourrait opposer l'exception de dol.

C. Maynz nous dit : « Le bénéfice de la restitution est refusé au mineur pour diverses causes, » et il cite les textes suivants : Code, l. II, t. XXX, f. 1 ; l. VI, t. LXI, f. 8, § 6 ; Inst., II, 8, § 2 ; Code, l. V, t. XXXVII, f. 25 ; D., IV, t. IV, f. 7, § 2 ; Code, l. II, t. IV, f. 11 ; Novelle 115, c. III, § 13, et Code, l. II, t. XXVIII, f. 1. « Cette dernière loi, dit-il, refuse la restitution dans un cas où le mineur avait confirmé une transaction par serment. Mais les termes de la décision ne sont pas assez précis pour autoriser à lui donner le caractère d'une disposition générale et absolue comme l'a fait la

[1] F. 4, II, 31,
[2] D., f. 37, pr., *de Min.*
[3] C., ff. 1 et 2, II, 29.
[4] F. 3, II, 37.
[5] F. 1, II, 28.

pratique ensuite d'une ordonnance de l'empereur Frédéric Ier qui se trouve comme authentique *sacramenta puberum*, au titre du Code cité. »

CHAPITRE III

Procédure et effets de la restitution.

SECTION PREMIÈRE

PROCÉDURE

A. La *restitutio in integrum* eut, dès le début, pour caractère spécial de ne pas être soumise à la marche de la procédure ordinaire. L'instruction se faisait *extra ordinem*, c'est-à-dire que le magistrat seul devait en connaître, qu'il la prononçait de sa propre autorité et après avoir pris connaissance des causes qui pouvaient la motiver, *causa cognita*. « *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a prætore promittuntur : scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.* » (D., l. IV, t. 1, f. 3.) « *Integri restitutio causa cognita decernitur.* » (Paul, *Sent.* 1, 7, § 3.) Celui qui l'invoquait devait demander une *cognitio*, c'est-à-dire une instance engagée devant le préteur. De même le défendeur ne demandait pas la restitution par voie d'exception, mais il réclamait le refus immédiat de l'action[1].

B. C'est un principe, dit M. Accarias, que la demande en restitution ne peut être portée que devant les magistrats supérieurs. (F. 17, § 5, *de Min.;* f. 26, § 1, *Ad. mun.*, f. 1.) Il y a sur ce point une constitution assez diffuse de Justinien.

[1] D., f. 27, § 1, *de Min.*

La *restitutio in integrum* ne peut être accordée, dit-il, que par les juges qui ont une juridiction propre. Cela exclut les magistrats municipaux, les *defensores civitatis*, les *judices pedanei*, et à plus forte raison les arbitres *ex compromisso*. (F. 3, Code, II. 47.)

A l'origine donc, les seuls magistrats investis de la juridiction en matière de restitution étaient, pour Rome et l'Italie, le préteur ; pour chaque province, le lieutenant de la province ; les magistrats municipaux n'avaient jamais le droit de la prononcer [1]. Si l'acte attaqué n'est pas un jugement, la compétence appartient au magistrat sous la juridiction duquel le défendeur est placé, c'est-à-dire à celui qui devrait, en cas de procès, nommer le juge ou juger lui-même ; or, en général, et sous la réserve des matières qui donnent lieu à une compétence spéciale, ce sera le préteur ou le président de la province. (F. 2, Code, II, 37.) Quand une demande en restitution se présentait incidemment à un procès, le *judex* nommé par le préteur ne devait pas en connaître ; elle était renvoyée devant le préteur. D'après le même principe, la restitution continua d'être sous les Empereurs une attribution des hautes magistratures. Elle était accordée par les préteurs, les préfets de la ville et du prétoire, les lieutenants des provinces et l'Empereur lui-même [2]. Mais Justinien, tranchant une controverse [3], décida que tous ces fonctionnaires pourraient charger des juges-commissaires d'instruire les demandes en restitution et de prononcer sur leur sort, de même que les commissaires par eux nommés pour l'instruction de tout autre procès pourraient connaître d'une demande incidente en restitution.

C. Tout fonctionnaire peut accorder la restitution contre les jugements rendus par un fonctionnaire son égal, qui a jugé ou nommé le juge ; mais il ne peut l'accorder contre les

[1] F. 26, § 1, *ad Mun.*
[2] FF. 16, §§ 5 et 17, *de Min.*
[3] Code, f. 3, II, 47 ; voir f. 26, D., l. L, t. 1 ; f. 2, C., II, 47.

sentences d'un de ses supérieurs. M. Accarias nous dit : Que si l'acte attaqué est un jugement, les magistrats inférieurs à celui qui a jugé ou nommé le juge sont toujours incompétents; mais la demande peut être soumise soit à ce magistrat lui-même ou à son successeur, soit à un magistrat supérieur. (F. 18, pr., f. 42, *de Min.*) Par application de ce principe, l'Empereur seul accorde la restitution contre ses propres sentences, et on décide de même pour celles de ses *procuratores* ou des juges par lui désignés, car elles sont réputées émaner de lui-même. (F. 18, §§ 1, 3, 4. *de Min.*; f. 3, Code, II, 27 ; f. 1, C., II, 47.) Cependant celles du préfet du prétoire, bien que ce magistrat statue *vice principis*, peuvent être rescindées par lui-même aussi bien que par l'Empereur. (F. 17, *de Min.*) On remarquera ici combien la *restitutio* diffère de l'appel. Le demandeur en restitution ne se plaint que de lui-même ou de son adversaire ; l'appelant critique la décision rendue ; voilà pourquoi l'un peut s'adresser au magistrat même qui a jugé, et l'autre ne le peut pas. Toute demande incidente en restitution est soumise à la décision du juge qui connaît de la demande principale.

D. Celui qui a droit à la restitution peut la demander en personne, ou par un mandataire muni d'une procuration spéciale. (F. 1, Code, II, 49 ; D., ff. 25, § 1 et 26, *de Min.*) La demande en restitution, comme toute autre, n'est valable que si l'adversaire a été régulièrement assigné, et comparaît ou fait défaut[1] : s'il ne comparaît pas il peut se faire représenter par un procureur qui doit fournir caution. Mais conformément aux usages de la procédure extraordinaire, la *contumacia* du défendeur ne saurait arrêter la marche de l'affaire. *Quid* lorsqu'il n'y a pas d'adversaire ? Par exemple un mineur demande la restitution contre une répudiation d'hérédité et personne n'a fait adition. Nous pensons qu'il doit néanmoins appeler *in jus* les personnes à qui l'hérédité se trouve déférée par suite de sa répudiation.

[1] F. 13, pr., *de Min.*

Le but même de la *restitutio* peut être atteint de deux façons différentes : par la *cognitio prætoria*, que des auteurs appellent *judicium rescendens*, auquel cas tout est terminé par le seul décret du préteur ; par le *judicium rescisorium*, qui a lieu quand la restitution prononcée n'a pas levé tous les obstacles, mais a simplement fait recouvrer un droit dont l'exercice permettra le rétablissement d'un état antérieur.

E. Terminons par une observation de M. Ortolan. « Il ne faut pas confondre avec la *restitutio* proprement dite, prononcée par le préteur lui-même *extra ordinem*, un moyen qu'il employait quelquefois pour obtenir un résultat analogue : savoir la délivrance d'une action, par exemple, les actions *quod metus causa* ou *de dolo malo*, ou diverses actions rescisoires pour faire par instance devant un *judex* réparer le préjudice occasionné ou rétablir les droits perdus ; ou bien encore l'octroi d'une exception, comme les exceptions de crainte ou de dol pour faire repossez la demande inique. Quoique ces moyens concourent au même but que la véritable *restitutio in integrum* et dérivent souvent des mêmes causes, ils s'en distinguent cependant d'une manière sensible. Cette distinction est nettement établie (D., l. IV, t. I, f. 7, § 1) au sujet de l'action *de dolo* et de la restitution proprement dite ; elle l'est encore (D., l. IV, t. II, f. 21, § 6) au sujet de l'action *quod metus causa*, comme aussi (D. IV, 4, f. 13, § 1), quoique, en d'autres textes, et à parler généralement, le nom d'*in integrum restitutio* soit étendu quelquefois à l'un et à l'autre procédé : par exemple, dans Paul (*Sent.*, 1, 7, § 4).

F. Observons enfin avec M. Accarias, que là même où la *restitutio in integrum* est autorisée par l'Edit, elle n'est pas absolument promise. En fait et quoique fondée sur une juste cause, elle pourrait être moins conforme à l'équité que le maintien de l'état de choses actuel ; elle pourrait faire plus de mal que de bien. Aussi le magistrat se réserve-t-il un droit d'appréciation discrétionnaire dont il use du reste très

largement quand la demande a pour cause la minorité. Contradictoire ou non, la décision du magistrat constitue un véritable jugement, et par conséquent la restitution une fois refusée ne peut plus être sollicitée pour la même cause (sauf le cas où de nouveaux moyens pourraient être produits. FF. 2 et 3, C., II, 44.) Mais l'appel est admis dans tous les cas selon les règles du droit commun. (Paul, I, 7, § 3 ; f. 1, Code, II, 14 ; f. 39, pr., D., *de Min.*) Au surplus, pendant tout le cours de l'instance, les choses restent dans l'état où elles se trouvaient au début ; si donc l'acte attaqué n'avait pas encore été exécuté, l'exécution en est suspendue : à ce point de vue la demande en restitution est absolument comparable à l'appel interjeté. (F. 32, C., II, 4 ; f. 1, C. II, 50.)

SECTION II

EFFETS DE LA RESTITUTION

L'effet de la *restitutio in integrum* doit être d'anéantir le passé, d'annuler entièrement le contrat pour toutes les parties, et de rétablir l'état de choses primitif. A cet égard les textes sont on ne peut plus précis : « *Restitutio ita facienda est*, dit Paul, *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* [1] » « *Qui restituitur in integrum*, dit l'empereur Antonin, *sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro ; et ideo quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet restituere* [2]. » En un mot, le privilège de la restitution est accordé aux mineurs pour leur faire éviter des pertes, non pour leur permettre de s'enrichir aux dépens d'autrui. Mais aussi, quel que soit l'avantage que le mineur ait retiré de l'acte contre lequel il demande à être restitué (Maynz), il ne doit jamais rendre que ce dont il se trouve

[1] F. 24, § 4, *de Min.*
[2] Code, f. 1, pr., II, 48.

enrichi au moment de la demande. (F. 7, § 5, *de Min.*; f. 27, § 1.)

L'acte rescindé ne perd pas de plein droit son existence, mais toute force effective lui est désormais ôtée, et il y a lieu de revenir sur les effets qu'il a déjà produits, sauf l'exception signalée aux Institutes (III, 11, § 5). Le patrimoine de la partie gagnante devant être remis dans l'état où il se trouverait aujourd'hui sans l'acte rescindé, le droit qui en est sorti y rentre donc, mais il n'y rentre que dans les conditions où il y figurait. Ce n'est pas seulement le droit perdu qui est restitué, ce sont aussi les avantages qui en eussent été la conséquence. (Voir f. 41, D., *de Min.*)

§ I.

A. Nous allons montrer quelques conséquences des principes que nous venons d'énoncer. Un mineur vend un fonds au-dessous de sa valeur, l'acheteur devra le lui restituer avec les fruits produits dans l'intervalle ; de son côté il devra rendre à l'acheteur le prix et les intérêts, au moins jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi [1]. Mais, dira-t-on, le mineur ne peut aliéner ce fonds ; il faut distinguer : s'agit-il d'un fonds urbain ? Le droit des Pandectes n'en défend pas l'aliénation. S'agit-il d'un fonds rural ? Un décret du préteur en permet la vente, parce qu'il y a là une dette que le mineur doit acquitter. Si le prix est dissipé et que l'acheteur en payant ait bien su ce qu'il faisait, rien ne lui est dû. Paul a soin de faire remarquer que ce résultat doit être admis plus difficilement dans le cas de vente que dans celui de prêt ; car il faut y regarder de près avant de faire tomber la perte sur l'acheteur qui a été obligé de payer son prix, tandis que l'on n'est jamais forcé de prêter [2]. Toutefois Modestin nous dit

[1] D., f. 27, § 1, *de Min.*
[2] F. 24, § 4.

que, malgré la *restitutio*, le mineur sera tenu de rendre le prix si le préteur l'ordonne [1].

Si maintenant la vente a été consentie par le curateur du mineur, celui-ci ne sera tenu de restituer le prix que dans la limite du profit qu'il en aura retiré ; le curateur sera tenu du surplus. C'est ce que décide Scævola dans l'espèce suivante : Un curateur a vendu un fonds qui était indivis entre lui et deux mineurs dont il administrait le patrimoine, puis il est mort. A la question de savoir par qui l'acheteur devait se faire payer, le jurisconsulte répond que les héritiers du curateur sont seuls tenus ; que, quant aux mineurs, ils ne doivent être poursuivis pour leur part que si l'argent qu'ils ont reçu leur a profité [2]. Que le mineur ait vendu seul ou avec l'autorisation de son curateur, une fois qu'il a obtenu la restitution, il doit rembourser à l'acheteur les dépenses nécessaires et même les dépenses utiles faites dans l'intérêt de la chose ; mais il ne doit jamais les dépenses voluptuaires, l'acheteur n'ayant que le droit d'enlever les embellissements par lui faits, à la condition de ne rien détériorer [3].

Le mineur acheteur qui avait payé son prix le recouvre augmenté des intérêts et rend les fruits dont il s'est enrichi ; lorsque c'est un usufruit éteint qui revit, les fruits que l'usufruitier n'a pas recueillis lui sont dus. (F. 24, § 4 ; f. 27, § 1, *de Min.* ; f. 23, § 2, *Ex quib. caus. maj.*.)

B. Un mineur emprunte de l'argent, et le dissipe : Gaius refuse à son créancier toute action contre lui. Si, à son tour, le mineur a prêté cet argent à un insolvable, il sera quitte envers son créancier en lui cédant ses actions contre son débiteur [4]. Si, avec cet argent emprunté, il a acheté un fonds et l'a payé plus qu'il ne valait, le vendeur devra lui rendre tout le prix qu'il a reçu afin que l'emprunteur ne souffre aucun préjudice.

[1] F. 32, § 5, l. XXVI, t. VII.
[2] F. 47, § 1, *de Min.*
[3] F. 32, § 5, l. XXVI, t. VII.
[4] F. 27, § 1.

C. La restitution, avons-nous dit, doit avoir pour résultat de rendre à chacun le sien, au vendeur comme à l'acheteur. Qu'arrivera-t-il donc dans le cas où un majeur de vingt ans mineur de vingt-cinq ans a vendu un esclave à la condition qu'on l'affranchira[1] ? La constitution de Marc Aurèle dit que l'esclave qui n'a pas été affranchi au mépris des clauses de la vente sera libre de plein droit, mais elle ne s'occupe pas des ventes d'esclaves faites par un mineur de vingt ans avec clause d'affranchissement. En effet, la loi Ælia Sentia lui défendant d'affranchir ses esclaves sans approbation du conseil, il ne peut les vendre à cette condition : ce serait éluder la loi. Pour le majeur de vingt ans, s'il demande à être restitué contre la vente qu'il a faite, on l'écoutera, pourvu toutefois que la liberté ne soit pas encore donnée à l'esclave. Si, au lieu de vendre, un mineur achète un esclave à la condition de l'affranchir, il sera restitué *in integrum* si le terme fixé pour l'affranchissement n'est pas encore échu.

D. En vertu du principe énoncé ci-dessus, les charges dont l'acte attaqué affranchissait le restitué, revivent. Ainsi, la restitution porte-t-elle sur une répudiation d'hérédité ou de legs ; les fidéicommis dont la disposition était grevée reprennent toute leur force. (F. 41, *Ex quib. caus. maj.*) Suis-je restitué contre une adition d'hérédité ? Je rends tous les produits des biens héréditaires et toutes les sommes payées par les débiteurs du défunt. « Ces dernières dispositions, remarque M. Accarias, signifient clairement que la restitution est jusqu'à un certain point réciproque, et que le demandeur recouvrant sa situation antérieure, par voie de conséquence le défendeur reprend également la sienne. En effet, le même acte ne peut pas être tout ensemble rescindé et maintenu. Le droit du défendeur à rentrer dans sa situation antérieure est tellement certain que la restitution prononcée contre lui l'autorise au besoin à se faire lui-même restituer contre des tiers. Ainsi, après avoir acquis de moi la

[1] F. 11, § 1.

propriété d'un fonds, Titius l'a transférée à Séius. Si j'obtiens une *restitutio in rem*, Séius dépouillé doit être restitué contre Titius, de façon à pouvoir exercer l'action en garantie. (F. 15, *de Min.* ; f. 39, pr. ; f. 66, § 1, XXI, 2.) Ainsi encore, m'étant obligé mineur, je me fais restituer tout à la fois contre le créancier et contre le fidéjusseur ; si celui-ci ne s'est pas engagé dans l'intention de prendre à sa charge le risque de la restitution qui pourrait être prononcée en ma faveur, lui-même obtiendra la restitution contre le créancier. De même enfin quand c'est une *expromissio* qui est rescindée, le créancier doit être restitué contre son précédent débiteur. (F. 2, § 1, Code, II, 48.)

E. Le mineur de vingt-cinq ans peut être restitué contre une dation en paiement désavantageuse ; mais le préteur devra compenser les intérêts de la somme avec la quantité de fruits perçus [1]. Le mineur qui, par l'effet de la restitution, est dispensé de payer un capital qu'il devait, ne peut par cela même répéter les intérêts qu'il a payés jusqu'à ce jour ; il n'a pas non plus le droit de les imputer sur une autre dette [2].

F. Par suite de la *restitutio* qu'il obtient contre une *acceptilatio* faite sans cause, le mineur recouvre son action contre un débiteur avec tous les gages et les cautions qui la garantissaient [3] ; de même la novation désavantageuse sera mise à néant, et le premier débiteur tenu comme s'il n'avait jamais été libéré [4]. Si celui pour qui le mineur s'était obligé par une novation n'était tenu que d'une action temporaire, la restitution obtenue par lui n'aura d'effet contre le premier débiteur que pour le temps qui lui restait à courir à l'époque de la novation [5].

G. La restitution obtenue par le mineur contre une transaction a pour effet de rétablir, tant au profit du mineur que

[1] F. 40, § 1, *de Min.* ; f. 98, § 2 ; l. LVI, III.
[2] F. 67, § 4, XII, VI.
[3] F. 27, § 2, *de Min.*
[4] F. 27, § 3, Code ; f. 1, § 1, II, 48.
[5] D., f. 50, *de Min.*

de ses adversaires, les actions et exceptions dont chacun aurait pu se prévaloir avant la transaction. C'est ce qui résulte formellement d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien où il est dit que, si le mineur excipe de la transaction il devra être repoussé par une réplique probablement ainsi conçue : « *Si non adversus transactionem minor restitutionem non impetraverit*[1]. »

H. Si un mineur est restitué contre une adition d'hérédité, il est tenu de rendre ce qu'il en a recueilli à ceux à qui elle appartient ; de leur côté, ces derniers lui tiendront compte sans indemnité des legs acquittés et des esclaves affranchis par suite de son adition[2]. Le mineur, ainsi restitué contre son adition, peut bien ne pas être poursuivi au moyen des actions héréditaires ; mais il n'en est pas moins vrai qu'en fait il a été héritier. « Une femme mineure, dit Papinien, s'était fait restituer contre une adition d'hérédité. Consulté sur la question de savoir si les esclaves affranchis par elle auparavant en vertu d'un fidéicommis devaient conserver leur liberté, j'ai répondu qu'on ne pouvait les forcer à payer vingt sous d'or (c'était le prix ordinaire d'un esclave) pour conserver une liberté qu'ils paraissaient avoir très légitimement acquise[3]. » Il est vrai que la liberté donnée par testament tombe s'il ne se trouve pas d'héritier acceptant ; mais la restitution n'empêche pas le mineur de rester en droit héritier. « En effet, ajoute le même jurisconsulte, prenant un autre exemple, si une héritière mineure a payé avant sa restitution certains créanciers héréditaires, ce paiement sera valable et les autres ne pourront rien réclamer. »

Si maintenant un mineur est restitué contre une répudiation, il ne deviendra pas héritier par le fait seul de la restitution, si un autre a déjà fait adition, la règle *semel hæres semper hæres* s'y opposant. Il sera seulement traité comme

[1] Code, f. 2, II, 32.
[2] D., f. 22.
[3] F. 31.

s'il était héritier et exercera, en vertu de la même fiction, des actions utiles qui lui procureront tout l'émolument de la succession. « Un mineur a été constitué héritier, dit Papinien, et un esclave lui a été substitué comme héritier nécessaire ; puis, ce mineur ayant répudié l'hérédité, l'esclave est devenu héritier, et libre par conséquent. S'il se fait restituer contre cette répudiation, l'esclave n'en demeurera pas moins libre. Mais si, ayant d'abord fait adition, il s'est plus tard abstenu, l'esclave qui lui a été substitué ne peut ni rester héritier ni être libre. » Je ne crois pas cette solution bonne, dit Ulpien, citant ce texte ; car, si la succession est insolvable, l'empereur Antonin déclare, dans un cas où il s'agit, à la vérité, d'un pupille qui n'est pas un héritier, que, l'héritier s'abstenant, il y a lieu d'appeler l'héritier nécessaire substitué.

La chose cependant pouvait faire doute. Lorsqu'en effet un héritier sien a été institué et que son esclave lui a été substitué, cette substitution est évidemment faite sous cette condition : *Si pupillus hæres cum effectu non erit.* Mais, quand il s'agit d'un pupille héritier externe, la substitution paraissait devoir s'évanouir par suite de l'adition de ce pupille. Cependant, afin que les biens du défunt pussent être vendus aux enchères, même dans le cas où un pupille héritier externe aurait été institué, l'Empereur interpréta si favorablement la substitution de l'esclave que la vente se fit comme si l'institution du pupille n'avait produit aucun effet [1]. Le mineur restitué sera en outre tenu de supporter les conséquences de tous les actes régulièrement faits entre la répudiation et la restitution, comme la vente des biens faite par le curateur nommé à cet effet par le préteur [2].

I. Un mineur condamné par jugement a donné à son créancier un gage que celui-ci a vendu ; puis il a été restitué *in integrum* contre ce jugement : la vente de ce gage doit-elle

[1] F. 7, § 10, *de Min.*
[2] F. 22.

être résolue ? Il est certain que la valeur du gage qu'il a donné doit lui être rendue ; mais, s'il a intérêt à reprendre le gage en nature et que sa perte lui cause un grand préjudice, ou lui permettra de le faire [1].

J. La restitution, remarquons-le bien, ne comprend que ce qui tient étroitement à l'objet même de la demande. Modestin cite à ce propos l'exemple d'une pupille qui, ayant été condamnée à raison de sa curatelle, demandait à être restituée contre un seul chef de la sentence, tandis que son adversaire prétendait que le jugement tout entier devait être annulé. Consulté à ce sujet, il répondit qu'il n'y avait aucune raison de réformer toute la sentence si le chef contre lequel la pupille demandait la restitution était indépendant des autres [2]. Celse décida de même que la restitution contre l'action directe de tutelle n'entraînait pas par voie de conséquence le rétablissement de l'action contraire [3].

K. La restitution étant établie dans le seul intérêt du mineur, et la partie adverse n'y ayant droit que par voie de conséquence, on en conclut que le mineur peut toujours y renoncer quand il y trouve avantage, et que tant que le décret de restitution n'est pas exécuté il reste libre d'en arrêter les effets (F. 41). « *Quia unicuique licet*, dit Julien, *contemnere hæc quæ pro se introducta sunt.* »

L. « Lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, dit M. Accarias, s'est fait restituer *in integrum*, on peut admettre qu'il demeure tenu naturellement, et cela sert à expliquer logiquement que le bénéfice de la restitution ne s'étende pas, du moins en règle générale, à ses fidéjusseurs. Relativement au bénéfice de division, qui n'est invocable qu'entre co-fidéjusseurs, et sans distinguer s'ils se sont engagés au même moment, si le fidéjusseur qui s'est engagé après coup est un mineur de vingt-cinq ans, et qu'il obtienne la *restitutio*, la

[1] F. 9, pr.
[2] F. 29, § 1.
[3] F. 28.

division cesse d'être invocable par l'autre qui n'a jamais dû y compter. » (F. 48, § 1, *de Fid.*)

§ II.

A. Voyons maintenant comment opèrent les effets de la restitution. La *restitutio* est-elle *in personam* ou *in rem*, c'est-à-dire s'exerce-t-elle seulement contre des personnes déterminées ou aussi contre des personnes indéterminées dont on ne pouvait prévoir la mise en cause lors de la lésion, telles que des tiers détenteurs postérieurs ? Un texte de Paul, et un autre d'Ulpien disent que la restitution est tantôt réelle, tantôt personnelle [1]. D'après une formule, la *restitutio in personam* est la règle, la *restitutio in rem* l'exception : c'est trop absolu, peut-être.

B. La restitution peut s'exercer au profit d'un mineur contre une usucapion accomplie à son préjudice ; elle agit ici *in rem*, c'est-à-dire contre tout possesseur [2], puisque le plus souvent elle se réalise en rendant à l'ancien propriétaire l'action de la propriété. Il en est de même de la restitution contre l'acceptation ou la répudiation d'une succession [3].

C. Mais il en est autrement quand il s'agit d'un contrat ; régulièrement, la restitution ne s'exerce que contre celui avec qui la partie lésée a contracté : elle est *in personam* et n'atteint les tiers que par exception. Ainsi quand un mineur est restitué contre une vente désavantageuse, il ne peut réclamer sa propriété que de l'acquéreur et non du tiers possesseur, à moins toutefois que celui-ci n'ait été de mauvaise foi ou que le premier acheteur ne soit insolvable [4]. Il en est de même quand un mineur ayant été condamné à payer une dette, ses biens sont saisis et vendus comme gage du paie-

[1] *Sent.*, I, t. VII, § 4 ; f. 13, § 2, *de Min*,
[2] D., f. 30, § 1, l. IV, t, VI.
[3] F. 17, pr., liv. IV, t. VI
[4] F. 13, § 1 et f. 14, *de Min.*

ment; car cet acte se fait au nom du mineur et est considéré comme émanant de lui. Si plus tard la restitution annule la condamnation prononcée, le mineur ne peut, en principe, réclamer qu'au créancier la somme qu'il a payée en exécution de la sentence [1]. Par exception, dans le cas où la perte de la chose lui causerait un trop grand préjudice, il peut se faire rendre cette chose elle-même par le possesseur [2].

D. Le décret qui prononce la *restitutio* constitue un véritable jugement, et par conséquent le magistrat peut recourir à la force pour le faire exécuter (f. 41, *de Min*). Cependant parfois à la suite de ce décret des actions sont délivrées, que l'on appelle rescisoires ou restitutoires (f. 46, § 3, III, 3; f. 26, §§ 5 et 6, *Ex quib. caus. maj.;* f. 24, Code, III, 32). Ces actions ont une formule fictive : la fiction consiste à réputer non avenu l'acte rescindé, et elle est rendue nécessaire par cette considération que la rescision n'opère pas *ipso jure*. Mais, abstraction faite de leur forme, qui s'explique d'elle-même, quelle est la raison d'être de ces actions? Comment comprendre qu'un nouveau litige soit nécessaire pour assurer l'effet de la restitution? C'est ce que se demande M. Accarias. Pour résoudre cette question délicate, il prend deux hypothèses différentes, et cependant prévues dans le même texte d'Ulpien (f. 4, § 4; IV-2).

1° Il s'agit d'une acceptilation déterminée *metu :* par conséquent le demandeur avait perdu le droit d'agir en justice; la restitution le lui rend, puisqu'elle rétablit les choses; il recouvre donc son action, à moins que, si la créance est exigible, le magistrat ne préfère condamner le défendeur à payer (f. 24, *de Min.*) Dans tous les cas donc où le demandeur aurait eu besoin d'une poursuite judiciaire, rien de plus naturel que la délivrance d'une action, et peut-être qu'à l'origine ce procédé fut seul usité. Cette conjecture s'appuie

[1] F. 9, pr.
[2] F. 49, D.; Code, f. 1, II, 29.

sur le rapprochement de deux textes (f. 1. § 1 ; f. 2, pr. *Ex quib. caus. maj.*) D'une part, en effet, l'édit relatif à la restitution *propter absentiam* semble bien se borner à promettre la résurrection des actions éteintes ; et d'autre part, Callistrate, constate que de son temps cette disposition ne s'applique à peu près plus et que les personnes désignées dans l'édit obtiennent justice *extra ordinem*. Qu'est-ce à dire, sinon qu'autrefois la restitution aboutissait à la délivrance d'une formule, et qu'aujourd'hui le magistrat a l'habitude de terminer tout lui-même?

2° C'est une chose qu'a perdue le demandeur, et non une action. Il semble qu'au lieu de donner la revendication le magistrat devrait simplement ordonner la restitution, et c'est bien le procédé que Julien emploie dans le cas d'une aliénation rescindée pour minorité (f. 39, *de Evict.*) Mais, dans la même espèce, Ulpien donne le choix entre deux partis; tout terminer, ou donner une action réelle rescisoire, et voici l'explication de cette action : la restitution est conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à la vérification du point de fait suivant : le demandeur était-il vraiment *minor XXV annis?* ou encore : y a-t-il eu lésion, etc.? Ces questions pouvant entraîner de longs débats on renvoyait devant le juge et de sa solution dépendait le sort de la *restitutio :* explication d'autant plus vraisemblable que la *cognitio prætoria* devait être non seulement commencée, mais terminée dans l'année utile. En outre le renvoi devant le juge pouvait tenir à la difficulté de régler l'étendue des prestations réciproques que se devaient les parties, par exemple quand un droit réel anéanti vient à revivre. Alors après avoir rétabli l'état de choses antérieur, le magistrat remettait au juge le soin d'en tirer les conséquences.

Il y a des situations où les actions sont nécessairement remplacées par des exceptions ou des répliques : par exemple, mineur, j'ai déféré le serment à mon débiteur et il l'a prêté. Mon action n'est point éteinte et le préteur

n'a pas besoin de me la rendre, mais il me donnera une réplique contre l'exception *juris jurandi* (f. 9, § 4, XII, 2).

CHAPITRE IV

Comment se perd le bénéfice de la restitution.

Nous indiquerons à cet égard deux modes principaux :

I. *Désistement.* — Il faut que le titulaire renonce entièrement à son droit; une simple interruption de poursuites ne [1] suffit pas. Mais la ratification donnée par le mineur à l'acte contre lequel s'exerce la restitution équivaut à une renonciation expresse [2]; quant aux actes qui se trouvaient en contradiction avec le but et le résultat de la restitution prononcée, ils impliquent une ratification tacite. Au reste, tous ces actes n'annulent le droit à la restitution que s'ils sont faits à une époque où l'état particulier qui motive la restitution n'existe plus, ce qui indique que pour renoncer il faut être majeur. (Paul, l. 9, § 3, D. IV, 4, f. 3, §§ 1 et 2.)

A. Un fils émancipé ayant négligé de demander au préteur la possession de biens *contra tabulas*, avait d'abord poursuivi la restitution contre cette omission, puis réclamé, après sa majorité, un legs qui lui était fait dans le testament de son père. C'est là, dit Papinien, une renonciation à invoquer le bénéfice de la restitution, puisque le mineur a aussi approuvé le testament de son père [3]. Si cependant l'acte fait en majorité n'est que la conséquence forcée de celui fait en minorité, on ne devra pas y voir une ratification, comme le montre Ulpien dans l'espèce suivante : « Un mineur de vingt-cinq ans s'était immiscé dans la suc-

[1] D., f. 20, § 1, *de Min.*
[2] Code, ff. 1 et 2, l. II, t. XLVI.
[3] D., f. 30, *de Min.*

cession de son père et, devenu majeur, avait poursuivi les débiteurs de la succession : il demandait ensuite à être restitué. On lui opposait ce prétendu acte de ratification fait pendant sa majorité : *Contradicebatur ei quasi major factus comprobasset quod minori sibi placuit.* Je pense cependant, dit le jurisconsulte, ne voyant là que la conséquence d'un acte fait en temps de minorité, que la restitution doit lui être accordée et qu'il faut s'attacher au début de l'affaire : *initio inspecto* [1]. »

M. de Savigny a prétendu qu'il y avait ici une dérogation au principe que la ratification faisait perdre au mineur le droit de demander la restitution ; que les décisions de Papinien et d'Ulpien étaient incompatibles. C'est là, croyons-nous, une erreur. En effet la loi 30 parle d'un acte tout à fait indépendant qui ne peut s'expliquer que par une ratification ; dans la loi 3, § 2, au contraire, la poursuite des débiteurs ne prouve pas que le majeur ait la volonté de rester héritier, mais peut s'expliquer par cette considération que le défaut de poursuites aurait pu diminuer l'actif de la succession et le déficit en être imputé à la négligence de celui qui demandait la restitution.

B. Le mineur aura toujours droit à la restitution contre ses propres actes, même quand ces actes n'auraient pas été achevés à l'époque de sa majorité : on ne verra pas là de sa part une ratification, mais la restitution sera plus difficile à obtenir. C'est ce qu'indique Ulpien dans l'espèce suivante : « Un mineur de vingt-cinq ans ayant intenté l'action de tutelle contre l'héritier de son tuteur, celui-ci avait été absous en vertu d'un jugement rendu seulement après la majorité de l'ex-pupille : la question de restitution s'éleva à propos de ce jugement. Je ne crois pas, dit-il, qu'il y ait ici lieu de l'accorder, à moins que l'adversaire du mineur n'ait usé de ruse pour traîner l'affaire en longueur et en reporter le jugement après la majorité ; car il y aurait alors une

[1] F. 3, § 2.

lésion qui remonterait à la minorité [1]. » En dehors de cette hypothèse du dol de l'adversaire, il n'y a pas lieu à restitution lorsque la sentence a été rendue après l'*ætas legitima* [2].

II. Prescription. — Bien que cela paraisse bizarre, la prescription de la restitution à Rome a beaucoup plus d'affinité avec une péremption de procédure qu'avec la prescription d'une action. La prescription s'applique non seulement quand la restitution sert de moyen d'attaque et opère ainsi comme le ferait une action, mais encore elle sert de moyen de défense soit pour recouvrer une exception perdue, soit pour repousser une action tenant lieu d'exception. Pour profiter d'une semblable exception celui qui a droit à la restitution doit la demander dans le délai de quatre ans, même quand son adversaire n'intenterait pas d'action et qu'ainsi le besoin d'une exception ne se ferait pas directement sentir. La nécessité d'observer les délais de la restitution ne doit donc pas être confondue avec la prescription d'une exception, prescription impossible de sa nature.

A. Dans le droit classique, les mineurs de vingt-cinq ans ont une année utile pour solliciter et faire prononcer la *restitutio*. Par cela même qu'il s'agit ici d'une année utile, elle ne court que du jour où l'inaction de la personne lésée peut être considérée comme une négligence, par conséquent du jour où la majorité de vingt-cinq ans est acquise, ou de celui où le mineur a obtenu la *venia ætatis*. Il faut que la prescription n'ait pas été interrompue. Suivant certains auteurs il faudrait encore que la partie lésée eût connaissance de la lésion.

Si l'ex-mineur vient à mourir avant d'avoir exercé ou perdu son droit, ses héritiers pourront l'exercer pendant le temps qui lui restait à lui-même ; que le défunt fût majeur ou mineur de vingt-cinq ans, cela importe peu. A l'égard de l'héritier majeur, le délai court du jour de l'adition ; pour l'héritier mineur il est suspendu jusqu'à sa majorité, car

[1] F. 3, § 1, *de Min.*
[2] Code, f. 1, l. II, 27.

jusque-là son inaction est imputable à son inexpérience, et le droit qu'il perdrait de se faire restituer comme héritier, il devrait se le faire restituer comme mineur. (F. 19, *de Min.*; ff. 3, 5, §§ 1, 2, 3; Code, II, 53.)

Ce délai s'appelait *legitimum tempus*, sans doute parce qu'il a été emprunté à la loi *Plætoria* pour être appliqué ici.

B. A ce délai utile, et par conséquent nécessairement variable puisqu'il se calculait en excluant tous les jours où le magistrat n'avait pas siégé, Justinien substitua une durée fixe de quatre ans continus, passé laquelle la poursuite ne pourrait plus être intentée ni continuée (f. 7, Code, II-53). Déjà l'ancien droit exigeait, en principe, que tout fût terminé dans l'année utile. Mais on exceptait, comme le fait Justinien lui-même, les cas d'impossibilité et de force majeure. (F. 39, pr., *de Min.*)

Mais la prescription demeure suspendue par la minorité. Justinien a donc voulu dire simplement en parlant d'un délai de quatre ans continus qu'on ne ferait plus la déduction des jours où le magistrat n'aura pas rendu la justice. Déjà auparavant une constitution de Constantin avait substitué un délai fixe à l'année utile : délai de cinq ans à Rome et dans une distance de cent milles autour de Rome (*Italia urbicaria*), de quatre ans dans le reste de l'Italie (*Italia annonaria*) et de trois ans dans les provinces (f. 2, Code, II, 16). Ces différences, dit M. Accarias, qui ne se justifient pas en elles-mêmes, semblent indiquer qu'il y avait jadis des différences correspondantes dans la durée moyenne de l'année utile. Maynz nous apprend qu'il y a un cas particulier dans lequel on accorde un délai de sept ans. (Code, VI, 31, lex ult.)

Pour les mineurs déclarés majeurs, Justinien décida en outre que leur restitution pour des lésions antérieures ne serait pas prescrite avant leur vingt-cinquième année, de sorte que dans ce cas la prescription pouvait quelquefois durer plus de quatre ans [1].

[1] F. 5, pr. et f. 7, pr., II, 53.

TROISIÈME PARTIE

DROIT IMPÉRIAL

Après le droit Prétorien, la condition des mineurs de vingt-cinq ans fut encore modifiée notamment par les institutions de Marc Aurèle et de Septime Sévère que nous allons étudier successivement.

CHAPITRE PREMIER

Constitution de Marc Aurèle.

§ I.

Établissement d'un curateur général permanent.

La présence d'un curateur, avons-nous vu, n'enlevait pas au mineur de vingt-cinq ans la faculté d'obtenir la *restitutio in integrum*; cette obtention devenait seulement plus difficile. La curatelle n'était donc rien de plus qu'un moyen pratique de prévenir le mal et de rendre par suite moins fréquentes des réparations dont l'usage était souvent abusif et parfois illusoire, surtout quand le mineur avait affaire à un homme insolvable qui avait rendu le mal irréparable en laissant périr ou se détériorer le bien de l'incapable.

A. La constitution de Marc Aurèle ne nous est révélée que par le passage suivant de son historien, Julius Capitolinus : « *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plœ-*

toria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. » (In Marco, cap. x.) Il résulte de là qu'avant cette constitution, il y avait trois sortes de curatelles : celle des fous, *propter dementiam;* celle des prodigues, *propter lasciviam*, déférées toutes deux aux agnats par la loi des Douze Tables [1]; enfin, celle des adultes, donnée par la loi *Plætoria,* mais *redditis causis,* c'est-à-dire pour un cas spécial. Telle est du moins l'interprétation donnée à notre texte, par M. Accarias. M. Ortolan dit à ce sujet : « Deux interprétations ont été données à ce passage : 1° l'une est que, d'après la loi *Plœtoria,* on pouvait nommer aux mineurs de vingt-cinq ans des curateurs pour cause de mauvaise conduite, *lascivia,* ou de démence, et que Marc Aurèle voulait qu'on leur en donnât sans autre motif que leur âge; 2° la seconde, proposée par Heinnecius, est qu'il y avait avant Marc Aurèle trois sortes de curateurs..... quoique ces deux opinions ne diffèrent guère en réalité que sur la manière de traduire la phrase latine, j'adopterai la première et je la développerai en disant qu'il existait, d'après les Douze Tables, des curateurs pour les prodigues et les fous : que la loi *Plœtoria* n'en donnait pas aux adultes, si ce n'est *propter lasciviam vel dementiam*, ce qui n'était qu'une application, peut-être un peu étendue, de la loi des Douze Tables, et que Marc Aurèle fut le premier qui voulût qu'on leur en donnât sans autre motif que leur âge, *non redditis causis.* » Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, dit Maynz, le passage de Capitolinus n'en reste pas moins inexact et ne mérite pas les honneurs de la controverse qu'il a fait naître.

B. L'innovation de Marc Aurèle consiste en ce que, à l'avenir, la minorité de vingt-cinq ans fut considérée par elle-même comme une cause suffisante pour établir une curatelle générale et permanente, c'est-à-dire ayant lieu *non*

[1] Ulp., Reg., t. XII, § 2.

redditis causis. Aussi Ulpien, après avoir parlé de la *restitutio* des mineurs, ajoute-t-il : « *Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur.* (D., IV, 4; f. 1, § 3.) De même il dit ailleurs en parlant du préteur et en énumérant les curateurs honoraires : « *Prœterea dat curatorem ei etiam qui nuper puber factus, idoneè negotia sua tueri non potest.* » (Reg., XII, 4.)

Reste à concilier cette règle, qui semble ici générale, avec cette autre : que les mineurs ne reçoivent point de curateurs malgré eux. (Inst., I, t. XXIII, § 2.)

« *Inviti adolescentes curatores non accipiunt,* » nous dit Justinien. Ce principe que la curatelle était toute facultative et ne pouvait être imposée au mineur comme au fou et au prodigue est confirmé par beaucoup de textes des jurisconsultes classiques : « *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent,* » dit Papinien [1]. « *An autem alius petere curatorem possit minori,* » dit Modestin, « *quæsitum est? Et Ulpianus egregie ita scribit : non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi* [2]. » — « *Is qui curatorem alicui præsenti petat non aliter audietur, nisi adulto consentiente,* » dit Paul. « *Quod si absenti : ratam rem eum habiturum, necesse habet dare* [3], *et ideo in hanc usquam ætatem (XXV annorum) adolescentes curatorum auxilio reguntur,* » dit Ulpien. « *Nec ante rei suæ administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus* [4]. *Prœterea,* ajoute-t-il ailleurs, *dat curatorem ei etiam qui nuper puber factus idonœè negotia sua tueri non potest* [5]. »

« *Masculi puberes et fœminæ,* disent enfin les Institutes, *viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt,* etc. » (Voir encore : D., l. XXVII, t. I, f. 36, § 1; Code, l. V, t. XXXI, f. 6; l. II, t. XXII, f. 3.) D'autres textes au contraire nous disent que tous les mineurs

[1] D., f. 13, § 2, l. XXVI, t. V.
[2] F. 2, § 5, *id.*
[3] F. 43, § 3, l. III, t. III.
[4] F. 1, § 3, *de Min.*
[5] Ulp., Reg , 12, § 4.

sont soumis à la curatelle. (*Epitome Visigothorum Gaii*, I, 8.) « *Sub curatore sunt minores ætate... usque ad XXV annos completos. Peractis pupillaribus annis quibus absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere.* »

Cette règle des Institutes, dit M. Ortolan, que les adultes ne reçoivent pas de curateur malgré eux, a donné matière à controverse, et l'on a signalé plusieurs textes comme y faisant antinomie, notamment le *principium* du titre XXIII des Institutes, et au Digeste, l. IV, t. IV, f. 1, § 3; et f. 3, pr., l. XXVII, t. VII; f. 33, § 1. On a ajouté que depuis Marc Aurèle, comme le prouve le passage de J. Capitolinus, cité plus haut, tous les mineurs de vingt-cinq ans devaient recevoir des curateurs, sans exception, et sans aucune raison d'être que leur âge, *non redditis causis*. Sans entrer dans la discussion de ces textes, je ferai observer qu'un fragment de Papinien, au Digeste dit : « *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent* » (l. XXVI, t. V, f. 13, § 2); que, d'après Modestin, le curateur (l. XXVI, t. VI, f. 2, § 4) devait être demandé par l'adulte lui-même ou par un procureur agissant pour lui (ainsi la mère, le patron, l'affranchi, les parents ne pouvaient pas le demander, mais ils pouvaient avertir l'adulte de le faire); que les constitutions en imposaient même l'obligation au tuteur qui eût été responsable si, à la fin de la tutelle, il avait négligé de donner cet avertissement, *si non admonuerit ut sibi curatores peteret.* (D., l. XXVI, t. VII, f. 5, § 5). Le tuteur, l'adversaire ou le débiteur avaient le droit, pour leur plus grande sûreté, d'exiger qu'un curateur fût donné à l'adulte, afin qu'on ne pût les attaquer par la suite comme ayant profité de l'inexpérience de ce dernier pour le tromper. Ils ne pouvaient demander le curateur eux-mêmes, mais ils pouvaient refuser de satisfaire l'adulte jusqu'à ce qu'il eût fait la demande, et même une constitution de l'empereur Gordien permet au tuteur, en cas de refus du pupille, de demander lui-même (C., l. V., t. XXXI, f. 7). Il est vrai que ces curateurs voyaient leurs fonctions cesser

une fois l'affaire spéciale terminée, mais, règle générale, lorsque l'adolescent, sur sa demande, avait reçu un curateur, il devait rester sous sa surveillance jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Ces observations prouvent d'une manière concluante que les adultes ne recevaient de curateur que sur leur demande. Quant à J. Capitolinus, il dit bien que Marc Aurèle voulut qu'on donnât des curateurs aux adultes sans alléguer d'autres raisons que leur âge; mais il ne dit pas qu'on pût leur donner des curateurs à tous, sans exception, et contre leur gré. Heinnecius, comme un parti moyen, adopte cette opinion que les adultes en droit n'étaient pas contraints d'avoir des curateurs; mais qu'en fait ils en avaient tous, parce qu'il était défendu aux tuteurs de leur rendre compte sans leur en avoir fait donner. Cette prétendue défense est bien loin d'être prouvée par les textes qu'invoque Heinnecius (D., l. XXVI, t. VII, f. 5, § 5 et f. 33, § 1). Il entrait dans les fonctions du tuteur d'avertir l'adulte de demander des curateurs; s'il ne le faisait pas, il en était responsable; s'il rendait ses comptes à l'adulte seul il s'exposait à les voir annulés par une restitution en entier; mais tout cela ne signifiait pas qu'il ne pût quitter l'administration qu'après avoir fait nommer des curateurs. En admettant même cela, en admettant aussi, ce qui pourrait bien être, que le curateur nommé sur la demande du tuteur pour la reddition des comptes ne fût pas nommé pour cette affaire seule et dût continuer ses fonctions jusqu'à la fin de l'adolescence, en pourrait-on conclure que tous les adultes avaient des curateurs? Combien n'existait-il pas d'adultes qui, n'étant devenus *sui juris* qu'après leur puberté et n'ayant jamais eu de tuteurs, n'avaient jamais eu de compte de tutelle à recevoir?

En général, explique Maynz, le mineur était capable d'agir, d'acquérir, d'aliéner et de s'obliger. Mais il ne pouvait, sans le concours d'un curateur, ester en justice pour gérer un procès, se faire adroger, recevoir un paiement et donner décharge. Par suite de ces exceptions, le mineur sortant de

tutelle se trouvait dans l'impossibilité de recevoir seul les comptes de son tuteur. Il lui fallait à cet effet un curateur qui, par la même raison, devait rester ou bien être remplacé par un autre curateur, au moins pour les biens provenant de la gestion du tuteur, jusqu'à la majorité de l'adolescent. De là résultait le besoin d'un curateur pour tous les mineurs qui avaient été en tutelle, et comme de plus il était sans doute fort rare que pendant la minorité l'adulte n'eût pas besoin de faire l'un ou l'autre des actes pour lesquels l'intervention d'un curateur était nécessaire, l'institution était de fait à peu près générale pour les mineurs. Il pouvait cependant toujours y avoir des mineurs sans curateurs et spécialement ceux qui étaient devenus *sui juris* après avoir atteint l'âge de la puberté.

Nous croyons, avec M. Accarias, que le principe « *Inviti adolescentes curatores non accipiunt* » ne doit s'appliquer qu'aux mineurs qui n'ont jamais été en tutelle; autrement il serait trop général et conduirait à des résultats peu pratiques.

C. Quant au curateur qui aura été ainsi nommé au mineur de vingt-cinq ans, sera-t-il, une fois les comptes de tutelle rendus, complètement dessaisi de l'administration de ses biens? Cela n'est pas probable; car Ulpien nous dit que de son temps les mineurs ont un curateur jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, et que jusque là, quelque habiles qu'ils puissent être, on ne doit pas leur laisser l'administration de leurs biens [1]. D'autre part, si l'on applique ceci à tous les mineurs de vingt-cinq ans, on viole la règle : « *Inviti adolescentes curatores non accipiunt.* » Tout s'explique très bien, au contraire, si on restreint ce texte d'Ulpien aux mineurs qui ont été en tutelle, c'est-à-dire qui ont très bien pu recevoir des curateurs malgré eux. Quant à ceux qui n'ont jamais été en tutelle, qui ne sont devenus *sui juris* qu'après leur puberté, on leur appliquera la règle de Justinien.

[1] D., f. 1, § 3, *de Min.*

Dans le droit classique, les femmes pubères qui n'avaient pas vingt-cinq ans étaient toujours en curatelle. En effet, Gaius nous dit que les femmes en tutelle administrent leurs biens elles-mêmes quand elles ont atteint la *perfecta ætas*, c'est-à-dire sont pubères [1]. D'autre part, Ulpien dit que le tuteur d'une femme pubère n'administre pas, mais *auctoritatem duntaxat interponit* [2]. Qui donc administre les biens de la femme adulte, c'est-à-dire pubère et mineure de vingt-cinq ans? Ce ne peut être son tuteur, avons-nous dit; ce ne peut être elle-même, puisque, étant en tutelle, on ne lui applique pas la règle : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt;* il faut donc que ce soit un curateur. Cette induction est confirmée par un texte de Paul : Une femme mariée voulant, dit-il, se constituer une dot, la présence de son curateur ne suffirait pas, il lui faut encore l'*auctoritas tutoris* [3]. Cette femme a donc un tuteur à raison de son sexe, un curateur évidemment à cause de son âge.

D. Malgré la restriction que nous lui avons déjà fait valoir, le principe que les mineurs de vingt-cinq ans n'ont un curateur qu'autant qu'ils le veulent bien souffre encore des exceptions qui, dans le dernier état du droit, paraissent être au nombre de quatre (ceci ne doit s'entendre que d'un curateur spécial) [4].

1° La première nous est indiquée par Justinien lui-même qui, après avoir posé le principe, ajoute : *prætерquam in litem.* Ainsi tout mineur, demandeur ou défendeur, qui a un procès ne sera pas admis à plaider tant qu'il n'aura pas un curateur spécial *ad litem* à moins qu'il n'en n'ait déjà un général et permanent. Si, dans le but de paralyser la demande dirigée contre lui, il refuse d'en demander un, le préteur le lui imposera si la partie adverse l'exige. L'*in integrum res-*

[1] Com., I, § 190.
[2] Règles, t. II, § 25.
[3] *Frag. Vat.*, § 110.
[4] D., f. 1, §§ 3 et 4, l. XXVI, t. VII; Code, f. 1, l. V, t. XXXI.

titutio ne sera plus à craindre qu'après des poursuites rendues vaines par l'insolvabilité du curateur. Une fois le procès terminé, le curateur est dessaisi.

2° Quand le mineur réclame le payement de ce qui lui est dû, le débiteur peut refuser de le payer, s'il ne se fait assister d'un curateur, ainsi que nous l'avons dit en parlant de la *restitutio in integrum* [1], qui était à craindre si les deniers venaient à être dissipés; c'est pourquoi le débiteur fut autorisé ou à déposer l'argent dans un temple, *in æde sacra*, afin d'arrêter le cours des intérêts; ou à exiger la nomination d'un curateur entre les mains ou avec le consentement duquel il payera;

3° Quand la tutelle cesse par la puberté du pupille, les constitutions obligent, avons-nous dit, le tuteur à conseiller à son ex-pupille de demander un curateur, sans lequel du reste son compte ne peut lui être rendu ni ses biens restitués. Faute de donner ce conseil, il sera responsable et poursuivi par l'action de tutelle pour cette faute connexe à son administration, action qui survit ainsi à la tutelle pour protéger le mineur contre son étourderie [2]. En cessant ses fonctions par suite de la puberté du pupille, le tuteur a d'ailleurs un moyen facile de le forcer à se faire nommer un curateur : il n'a qu'à refuser de lui rendre ses comptes de tutelle, tant qu'il n'aura pas obéi à ses conseils et au besoin à demander lui-même au magistrat cette nomination, comme l'y autorise un rescrit de l'empereur Gordien [3].

Une même pensée, remarque M. Accarias, a inspiré ces trois exceptions au principe ; il s'agit ici d'actes nécessaires : il est donc indispensable que la loi les entoure d'une certaine sécurité (sauf ce qui a été dit à propos de la *restitutio*) et notamment le payement (§ 2, Inst., II, 8). Tout au contraire, les autres actes, les conventions, sont de pure faculté.

[1] D., f. 7, § 2, *de Min.*
[2] F. 5, § 5, D. 26, 7.
[3] Code, f. 7, l. V, t. XXXI.

Celui qui fait de pareils actes choisit librement la personne avec qui il traite. Voilà pourquoi la loi n'a pas admis comme règle le droit pour qui contracte avec un mineur d'exiger qu'il se fasse d'abord nommer un curateur. Le droit est remplacé par le droit plus fort de s'abstenir.

4° Le mineur est atteint d'aliénation mentale; dans ce cas, qu'il le veuille ou non, il sera toujours pourvu d'un curateur. Mais sera-ce à titre de fou ou à titre de mineur? La règle de Justinien conduirait à la première solution; mais un texte formel d'Ulpien consacre la seconde [1], ce qui a pour conséquence d'exclure les agnats de la curatelle légitime, de permettre toujours au magistrat de nommer le curateur, et de laisser sans difficulté subsister ses pouvoirs pendant la durée des intervalles lucides. En l'absence de textes, il paraît logique de décider de même pour les mineurs prodigues.

§ II. — *Fonctions de ce curateur.*

Bien que cela ne rentre pas spécialement dans notre matière, disons en quelques mots en quoi consistent les fonctions et les pouvoirs du curateur général et permanent.

A. Une fois nommé, il a sur les biens du mineur le pouvoir que le tuteur a sur ceux du pupille. Ses fonctions sont donc doubles : il peut gérer en son nom propre, *negotia gerere*, ou faire intervenir le mineur dans l'acte et l'assister de son consentement, *consensum accommodare*. Il a le droit de poursuivre les débiteurs du mineur et de donner son consentement si l'adulte actionne lui-même. « *Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus*, dit Ulpien, *etiam debitoribus pupillorum vel adultorum ex persona sua, prospectu officii, in judicium vocare, vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum* [2]. Il reçoit le paiement des sommes dues au mineur et peut aliéner les biens pour lesquels, de-

[1] D., f. 3, § 1, l. XXVI, t. I.
[2] F. 1, § 4, D., l. XXVI, t. VII.

puis la constitution de Septime Sévère, une autorisation spéciale du préteur Urbain n'est pas nécessaire [1]. La curatelle générale ne s'étendait qu'aux biens possédés par l'adulte au moment où elle avait commencé ; il fallait une nouvelle demande et une nouvelle nomination pour y comprendre ceux qui pouvaient lui subvenir plus tard.

B. Le surveillant donné aux adultes n'est jamais chargé de surveiller leur personne qui est complète ; il doit seulement veiller à leurs intérêts, donner son assentiment ou agir comme une sorte de procureur. Voilà d'où vient la maxime : que le curateur, à la différence du tuteur, est donné aux biens ou à la chose. Voilà aussi d'où vient qu'on peut donner un curateur pour une affaire spéciale. Cependant le curateur, sans avoir jamais à augmenter la personne de l'adulte, sans même être nécessaire lorsqu'il s'agit de son mariage, veille cependant à son éducation et à son entretien (l. XXVII, t. II, f. 3, pr. § 5 ; Code, l. V, t. L, f. 2).

C. Il ne faut pas confondre le *consensus curatoris* avec l'*auctoritas tutoris*. L'*auctoritas* n'est donnée qu'à des enfants ; c'est le tuteur qui, en dehors des conséquences juridiques, au point de vue intellectuel, est vraiment l'auteur de l'acte ; le *consensus* n'est donné qu'à des personnes capables de réfléchir et qui presque toujours auront pris elles-mêmes l'initiative de leurs actes juridiques. Le curateur contrôle leur volonté, mais il ne l'a ni soufflée ni dirigée ; dans tous les actes solennels le mineur doit intervenir lui-même [2]. Le mot *auctoritas* est parfois employé pour *consensus* (D., 47, 1 ; 17, 1), mais dans ces passages il n'a aucune signification technique. Le curateur ne devant pas compléter la personne n'a pas besoin d'assister à l'opération. Son consentement ne fait pas partie intégrante de l'acte ; il peut être donné après, et n'exige aucune formalité spéciale. Les différences entre l'intervention du tuteur et celle du curateur ne sont point

[1] F. 1 pr., § 2, l. XXVII, t. IX ; f. 14, § 7, l. XLVI, t. III.
[2] F. 8, l. I, t. VII ; Code, f. 5, *in fine* V, 59.

formellement et spécialement indiquées dans nos sources ; mais elles résultent de la distinction que les jurisconsultes et les empereurs ont toujours soin de faire entre l'*auctoritas* et le *consensus*, des détails dans lesquels ils entrent par rapport à la première, tandis qu'on ne mentionne jamais aucune formalité requise pour la validité du *consensus*, et enfin de l'ensemble de la législation (Rubrique du l. XXVI, t. VIII, D., f. 19 ; Code, l. III, t. VI, f. 2).

La circonstance que le curateur a donné son consentement quand il est nécessaire rend l'acte valable, mais n'exclut pas la possibilité de la restitution qui, nous l'avons vu, s'étendit au delà des limites qu'on lui avait primitivement tracées.

D. Les mineurs de vingt-cinq ans ont une hypothèque tacite générale sur les biens de leurs curateurs (f. 20, C., V, 37) [1]. Il n'y a point de curatelle testamentaire ou légitime pour les mineurs ; c'est le magistrat qui nomme le curateur tout en tenant compte de la désignation qui a pu être faite par le père ou par la mère de l'adulte. Les règles sur les incapacités et sur les causes qui dispensent de la tutelle s'appliquent également à la curatelle : seulement il faut ajouter que le tuteur n'est pas tenu d'accepter la curatelle de son ancien pupille : que l'époux ne peut être curateur de son épouse, ni le fiancé de sa fiancée (D., l. XXV, t. XVIII, § 1 ; l. XXVII, t. I, f. 1, § 5). D'après les l. XXVII, t. X, f. 15, § 1 ; l. XLII, t. V, ff. 19 à 22, il existe un *privilegium exigendi* au cas d'insolvabilité du curateur. Sa responsabilité est la même que celle du tuteur [2].

E. Les actions qui résultent de la curatelle sont en tous points analogues aux actions directe et contraire de tutelle et s'appellent même *utiles tutelæ actiones*. Cela semble résulter de la rubrique du D., l. XXVII, t. III, 27, 41, f. 1, § 2. Mais d'après les lois D., 27, 3, f. 4, § 3 et f. 13 ; Code II, 19, f. 17 et l. V, t. XXXI, f. 7, ces actions seraient plutôt *utiles*

[1] C., IV, 53, loi unique.
[2] C., V, II, f. 7, § 13.

negotiorum gestorum. Maynz préfère la première qualification. En effet, bien que D., 27, III, f. 4, § 3, dise : « *Non idem in hac actione quod in tutelæ actione constitutum est,* » il est certain que le mineur a les mêmes privilèges que le pupille et que le curateur est tenu de la même faute que le tuteur.

La loi C. V., 51, f. 3, applique aussi au curateur les dispositions particulières de la tutelle sur l'emploi des capitaux et l'obligation de payer l'intérêt des fonds non employés. Cependant, hors ces cas où il s'agit de reddition de compte, le curateur peut être actionné avant que ses fonctions aient cessé. (D., 27, 3, f. 4, § 34 ; f. 16, § 1, l. XXVI, t. VII, f. 26 ; l. XXVII, t. IV, f. 1, § 3 ; Code, V. 57, ff. 2 et 4.)

F. Le curateur qui s'est rendu coupable de malversation ou qui par sa conduite ou son incapacité a menacé de compromettre la moralité ou la fortune du mineur peut sur la demande de ce dernier être destitué comme suspect. (Inst. I, 26, § 4 ; D., 96, l. X, f. 7, pr.) En dehors de ces cas et des causes spéciales qui peuvent dans une hypothèse donnée mettre fin aux fonctions du curateur, par exemple, la *capitis deminutio* (D., l. XXVI, t. V, f. 25), la curatelle cesse régulièrement à la majorité de l'adulte. (Gaius, *Visig. in Epitome,* I, 8, etc.)

G. L'institution de Marc Aurèle fit probablement tomber en désuétude le *judicium publicum* de la loi *Plætoria,* mais le mineur garda le bénéfice de l'*in integrum restitutio,* dont toutefois l'application devint beaucoup plus rare, et l'exception fondée sur le dol de la partie qui avait traité avec lui, exception qui du reste rentrait dans le droit commun depuis que l'*exceptio doli mali,* avait été admise d'une manière générale.

Après cette modification de Marc Aurèle, nous dit Maynz, la curatelle des mineurs ayant acquis un caractère continu et général se trouva de fait fort rapprochée de la tutelle des impubères et peut-être eût-il été rationnel de fondre ces

deux institutions en une seule, sauf à laisser subsister quelques différences de détail entre les adultes et les impubères, comme la tutelle en contient d'ailleurs déjà entre les *infantes* et les *infantia majores*. Mais ce ne fut point fait, et la législation de Justinien a conservé à l'institution de Marc Aurèle, autant que possible, son caractère de curatelle.

§ III. — *Capacité du mineur.*

Étudions maintenant la capacité juridique du pubère mineur de vingt-cinq ans, pourvu d'un curateur général et permanent. Celui qui n'en n'a pas est capable, d'après le droit civil, de rendre sa condition pire ou meilleure, sauf à demander la *restitutio* s'il a été lésé [1].

Les interprètes ne sont pas d'accord sur l'étendue de sa capacité, à cause des textes contradictoires qui se trouvent dans les compilations de Justinien. Relativement aux biens dont l'administration est confiée au curateur général et permanent, les empereurs Dioclétien et Maximien nous disent que le mineur est assimilé au prodigue [2] : « *Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet : cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a prætore curatore dato, bonis interdictum est.* » Ainsi la vente de ses biens que le mineur aurait fait seul est radicalement nulle ; il n'y aurait même pas besoin de lui accorder la *restitutio*, tandis qu'on devrait la lui donner s'il n'avait pas de curateur. « *Si vero sine curatore constitutus,* ajoutent les Empereurs, *contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberent.* »

Si nous n'avions que ce texte nous admettrions sans hésiter que la nomination d'un curateur général et permanent rend le mineur complètement incapable de s'obliger·

[1] D , f. 43, l. XLIV, t. VII.
[2] Code, f. 3, II, 22.

Mais d'autres textes nous montrent le mineur capable de s'obliger et de contracter seul des dettes pour lesquelles il pourra être poursuivi pendant ou après sa minorité sur les biens dont le curateur général n'a pas l'administration. « *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari,* » nous dit Modestin [1]. « *Obligari potest pubes compos mentis,* » dit Paul [2]. « *Pubes perinde ac pater familias obligari solet*, dit Gaius [3].

Comment concilier ces textes, et surtout la loi 101 qui contient le principe avec la constitution de Dioclétien et de Maximien? Divers systèmes ont été proposés. Les uns lisent *non possunt obligari*, au lieu de *possunt obligari ;* les autres proposent d'ajouter après *curatoribus* le mot *præsentibus*, ce qui exprime une idée vraie mais qui n'est évidemment pas celle de Modestin. Ces corrections seraient admissibles s'il était impossible d'expliquer autrement la loi 101. Mais elles ne sont pas nécessaires. En effet, autant il est utile de prémunir le mineur contre la dissipation de son patrimoine en lui enlevant la faculté d'aliéner, autant il est peu important de lui laisser les moyens de contracter des dettes qui ne peuvent se payer sur ses biens, alors qu'il est protégé par la *restitutio in integrum*. Cette manière est d'ailleurs bien plus conforme au génie des jurisconsultes romains qui ne connaissaient pas nos abrogations radicales, mais se contentaient d'éluder les principes. Un autre système prétend que le texte de Modestin se rapporte exclusivement aux mineurs qui ne sont pas *in curatione constituti*, c'est-à-dire n'ont pas de curateur général ; c'est arbitraire et tout aussi inadmissible que l'opinion d'après laquelle le mineur, *sine curatore suo*, peut bien obliger sa personne, mais non son patrimoine. Nous n'admettrons pas davantage l'opinion qui consiste à dire que Modestin a simplement voulu signaler la différence

[1] D., f. 101, l. XLV, t. I.
[2] F. 43, l. XLIV, t. VII.
[3] F. 141, § 2, l. XLV, t. I.

entre l'*auctoritas tutoris* et le *consensus curatoris ;* que, suivant lui, le mineur a bien besoin de l'assistance de son curateur pour s'obliger, mais qu'il est inutile que le curateur l'assiste au moment même où il contracte. En effet, il résulte clairement des textes de Gaius et de Paul, cités plus haut, que le pubère mineur de vingt-cinq ans n'a besoin d'aucune assistance pour s'obliger valablement. Enfin, d'après une doctrine très répandue, le mineur de vingt-cinq ans peut s'obliger, mais non aliéner sans l'assistance de son curateur. Cujas nous dit de la constitution des Empereurs : « *De rerum alienatione veluti de rerum venditione jam perfecta impletaque loquitur, non de obligatione.* » C'est là une erreur, car les Empereurs disent précisément que le mineur qui a un curateur ne diffère point du prodigue interdit ; or le prodigue interdit ne peut pas plus s'obliger qu'aliéner. D'ailleurs, il est difficile de croire que les mots *venditio* et *contractus* puissent signifier une aliénation.

Voici maintenant l'explication qui nous paraît la plus probable et est aussi la plus généralement admise. Pour connaître la capacité des mineurs ayant un curateur il faut distinguer plusieurs époques : Sous les jurisconsultes classiques, le mineur conserve sa capacité pleine et entière. Il peut aliéner et s'obliger ; s'il est lésé il peut se faire restituer comme s'il n'avait pas de curateur. Dioclétien et Maximien changèrent ces principes et décidèrent que le mineur qui aurait un curateur serait assimilé au prodigue interdit, que l'obligation par lui contractée serait nulle sans avoir besoin de *restitutio.* Ainsi, avant leur constitution, si un pubère mineur de vingt-cinq ans, ayant un curateur, avait fait seul un acte, il pouvait se faire restituer. Depuis, au contraire, s'il a fait seul cet acte, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur, il pourra en demander la nullité. Les résultats sont très différents : 1° Au point de vue du temps, car la restitution ne peut être demandée d'abord que pendant une année utile et plus tard pendant cinq années continues,

tandis que le mineur peut à toute époque invoquer la nullité ; 2° Au point de vue de la preuve à faire, car le mineur qui veut se faire restituer doit prouver qu'il a été lésé, tandis que, d'après la constitution des Empereurs, la nullité de l'acte accompli par le mineur seul dérive du fait même de la non assistance du curateur.

CHAPITRE II

Constitution de Septime Sévère.

Une courte explication de ce dernier document terminera la rapide et trop incomplète étude que nous venons de faire sur la condition des mineurs de vingt-cinq ans.

Une dernière mesure de protection, applicable aussi du reste aux impubères, fut celle de ce sénatus-consulte, rendu sur la proposition de Septime Sévère. Ulpien, après en avoir énoncé le principe : « *Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores, prædia rustica vel suburbana distrahere,* » donne le texte de ce sénatus-consulte. (D., l. XXVII, t. IX, *De rebus, etc., sine decreto non alienandis.* (Code, V. 71, *De præd. minor.*, etc.)

La capacité juridique des mineurs est modifiée par la protection qu'on leur accorde contre l'aliénation de leurs biens-fonds. A l'avenir les curateurs ne pourront aliéner ni hypothéquer les *prædia rustica vel suburbana* des mineurs de vingt-cinq ans confiés à leurs soins, sans autorisation du préteur, qui sera juge de l'opportunité de l'aliénation ou de l'hypothèque, sauf le cas où les parents l'auraient permis dans un testament ou un codicille [1]. L'acte fait au mépris de

[1] D., f. 1, pr. et § 2, 27, IX.

ce sénatus-consulte est radicalement nul ; la restitution est inutile [1].

Il n'était donc pas défendu au curateur d'aliéner les *prædia urbana* dont le texte ne parle pas. Mais que faut-il entendre par *prædia urbana* et par *prædia rustica vel suburbana ?* Le sens dans lequel ces expressions sont employées ici nous est donné par Ulpien. « Par *prædia urbana*, dit-il, nous entendons non-seulement tous les édifices situés dans les villes, mais encore les maisons situées à la campagne et les maisons d'agrément ; car, un fonds est urbain non à raison du lieu où il est situé, mais à raison de sa destination. D'où il suit que si des jardins sont joints à une maison pour son agrément, ce sont des *prædia urbana ;* mais, s'ils sont d'un grand revenu en vignes ou en olives, la maison ne sera plus un *prædium urbanum.* [2]. » D'après ce texte, les *prædia rustica vel suburbana* sont donc les fonds de terre et les maisons affectées à une exploitation agricole.

Bien que le sénatus-consulte de Sévère ne parlât que des aliénations ou hypothèques consenties par le tuteur ou le curateur, on n'hésita pas à en étendre les dispositions au cas où le mineur aurait agi seul ; le contraire eût été déraisonnable. La jurisprudence confirmée par Justinien se montrait même si rigoureuse sur ce point qu'elle soumettait toujours au sénatus-consulte le mineur qui avait obtenu la *venia ætatis* [3]. Allant plus loin, Constantin avait décidé qu'aucun bien meuble ou immeuble appartenant à un curateur de vingt-cinq ans ne pourrait être aliéné par les curateurs sans un décret spécial du préteur, à l'exception des vêtements et des animaux inutiles [4]. Les *mancipia rustica,* c'est-à-dire les esclaves ruraux employés à la culture ne pouvaient pas non plus être aliénés.

[1] Code. ff. 2, 15 et 16, V, 71.
[2] F. 198, l. L, t. XVI.
[3] Code, f. 3, l. II, 45.
[4] Code, f. 22, l. V, t. XXXVII.

Dans le droit de Justinien, la nullité des aliénations ou hypothèques consenties contrairement au sénatus-consulte s'éteint par une prescription libératoire de cinq ans qui courent à partir de la cessation de la minorité. Au cas d'aliénation gratuite, la prescription est de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents [1].

[1] F. 3, l. V, t. LXXIV.

APPENDICE

Nous plaçons sous cette rubrique quelques observations relativement à nos pubères mineurs de vingt-cinq ans, qui ne se rapportaient à aucune des trois grandes divisions de notre matière.

A. Un sénatus-consulte prohibe le mariage entre la femme mineure de vingt-cinq ans et son curateur ou le fils de son curateur. (Fr. Vat., § 201.) Primitivement l'enfant *sui juris*, si jeune qu'il fût, se mariait régulièrement sans consulter personne (sauf la nécessité de l'*auctoritas tutoris* pour les femmes à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle). Deux constitutions appartenant, l'une aux empereurs Valens, Valentinien et Gratien, l'autre à Honorius et à Théodose le Jeune (ff. 18 et 20, Code, V, 4) introduisirent d'importantes modifications; les femmes *sui juris*, veuves ou filles, ne purent plus se marier librement qu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus. Jusque-là elles durent obtenir le consentement de leur père s'il vivait encore ; sinon, celui de leur mère, et, à défaut de mère, celui de leurs plus proches parents. Les Empereurs ajoutaient à ces décisions raisonnables une autre disposition assez burlesque ; si la fille mineure de vingt-cinq ans, qui n'a ni père ni mère, n'ose se prononcer entre plusieurs prétendants également honorables, le juge choisira pour elle !

B. Le mineur de vingt-cinq ans est capable d'être nommé tuteur testamentaire, sauf à n'entrer en fonctions qu'après la cessation de la minorité. (§ 2, *Qui test. tut.* ; § 2, *de At. Tut.*; Inst., I, 20.) Dans la loi 32, § 2, *de test. tut.*, Paul considère

la minorité de vingt-cinq ans comme une cause d'incapacité de la tutelle, remarque M. Accarias ; or, il est certain que jusqu'à Justinien elle comptait seulement parmi les excuses. (§ 13, Inst., I, 25.) Le mineur de dix-huit ans ne peut être *judex*. Celui de dix-sept ans n'a pas qualité pour postuler. (D., l. III, t. 1, f. 1 ; D., l. XLII, t. 1, f. 57.)

C. Un mineur de vingt-cinq ans ne peut pas être adrogé par celui qui a été son tuteur ou son curateur (F. 16, pr., *de Adop.*), car cette adoption ne serait ordinairement qu'un moyen pour l'adrogeant de ne pas rendre compte de son administration. L'adoption proprement dite serait-elle également impossible au tuteur ou au curateur, si par l'effet d'une adrogation le mineur de vingt-cinq ans était déjà devenu *alieni juris?* M. Accarias décide négativement, car ce n'est plus au mineur qu'appartient le droit de demander son compte, mais à son père adrogeant.

D. On a prétendu que lorsque le créancier est mineur de vingt-cinq ans, la mise en demeure aurait lieu *re ipsa*. Mais il y a là une exagération. La faveur qui est accordée aux mineurs se réduit à ceci : lorsqu'ils ont une créance dont l'objet consiste en argent et dont la cause réside dans un contrat de bonne foi, ou dans un fidéicommis, les intérêts courent de plein droit depuis le jour de l'échéance du capital jusqu'au jour de la majorité. Ainsi l'avaient décidé les constitutions impériales. Mais en supposant que leur créance ait pour objet un corps certain, les cas fortuits ne tombent pas à la charge du débiteur. Mieux que cela : les intérêts de l'argent dû au pupille ne courent pas s'il n'a point de tuteur, car le débiteur est dans son droit en ne payant pas. La vérité est donc que les créanciers mineurs de vingt-cinq ans ont en partie les avantages de la demeure, mais ne les ont pas tout entiers (Accarias). (F. 17, § 3, *de Usur.* ; f. 87, § 1, *de Leg.*, 2, XXI ; f. 26, § 1, *de Fid. lib.*, XL, 5 ; f. 3, Code, II, 41.)

E. Relativement à l'obligation naturelle, on applique aux mineurs les mêmes règles qu'aux pupilles. Dans le dernier

état du droit ils sont devenus incapables de contracter seuls des obligations civiles ; mais leur incapacité ne peut être plus profonde que celle des pupilles.

F. L'envoi en possession n'est prononcé qu'à titre conservatoire quand l'*indefensus* est un mineur en curatelle. Ici la *bonorum venditio* est interdite, en principe, tant que subsiste l'incapacité. Cependant elle est de plein droit permise lorsqu'il s'agit d'une obligation dont l'incapable n'est tenu qu'à titre d'héritier, et en dehors de ce cas, le magistrat peut, *cognita causa*, autoriser une vente totale ou partielle. (FF. 3, pr., § 3 ; f. 5, pr., § 1 ; f. 7, § 10 à 12, *Quibus ex caus. in poss.* ; Paul, 5, V., § 11.) C'est peut-être par allusion à ce pouvoir du magistrat que les biens du mineur de vingt-cinq ans *indefensus* sont présentés comme pouvant être vendus. (F. 5, XLII, 5.) Cette interprétation nous évitera de trouver Ulpien en contradiction avec lui-même. (F. 7, § 12, *Quib. ex causis in poss.*)

Les limites de notre cadre ne nous permettent pas de rendre plus complète cette étude sur les mineurs de vingt-cinq ans, qui est le sujet de notre thèse romaine. Il nous reste à traiter de l'émancipation en Droit français. Cette seconde partie sera précédée à titre d'introduction historique de quelques notions sur ce qu'était à Rome l'émancipation, malgré la nature si différente de cette institution en Droit romain et en Droit français.

THÈSE FRANÇAISE

DE L'ÉMANCIPATION

ET DES

MINEURS ÉMANCIPÉS

« C'est un vice des loix mesmes d'avoir ceste faulse imagination; elles ne veulent pas qu'un homme soit capable du maniement de ses biens qu'il n'ait vingt et cinq ans; et à peine conservera-t-il jusqu'alors le maniement de sa vie... Quant à moi j'estime que nos âmes sont dénouées à vingt ans de ce qu'elles doivent être et promettent tout ce qu'elles pourront... Les qualités et vertus naturelles produisent dans ce terme-là ou jamais ce qu'elles ont de vigoureux et de beau...

« Si l'espine nous picque quand nai,
« A pene que picque jamais, etc. »

(MONTAIGNE, *Essais*, l. I, in fine.)

INTRODUCTION HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

§ 1. — *Législation romaine.*

L'émancipation fut l'un des moyens consacrés par la loi romaine pour affranchir les enfants de la dépendance des pères de famille [1]. Cette expression vient du mot latin *mancipare*, aliéner. L'émancipation diffère des autres modes de

[1] Inst., l. I, t. XII, § 6.

dissolution de la puissance paternelle en ce qu'elle n'entraîne pas l'idée d'une déchéance pour l'enfant (comme l'esclavage et la perte de la *civitas*), et que l'enfant devient *sui juris*, ce qui n'a pas lieu dans la *manus* et l'adoption.

I. — A. La loi des Douze Tables avait indiqué la voie détournée à suivre en l'absence de moyen direct, pour l'émancipation en posant ce principe que le fils trois fois mancipé par son père sortirait définitivement de la puissance paternelle. (Gaius, I, § 132.) *Si pater filium ter venum duit filius ex patre liber esto.* Pour appliquer ce principe à son fils, le père le mancipait à un tiers, qui se trouvait ainsi investi de la puissance appelée *mancipium*. Mais cette mancipation n'était qu'un moyen et non pas un but : le tiers devait affranchir l'enfant *vindicta* et celui-ci retombait alors sous la puissance du père. Venaient ensuite une seconde mancipation et un second affranchissement suivis du même effet. Enfin, le père mancipait une troisième fois l'enfant, et par là épuisait sa puissance. Les trois mancipations pouvaient très bien n'être faites ni le même jour, ni à la même personne, ni devant les mêmes témoins. (Paul, II, 25, § 3.)

Pour une fille ou un petit enfant une seule mancipation était considérée comme suffisante, attendu que les Douze Tables n'avaient exprimé qu'à l'égard du fils la nécessité d'une triple mancipation.

Après la mancipation l'enfant n'étant pas encore *sui juris*, il était soumis au *mancipium* du tiers. Or, deux voies étaient possibles pour le rendre *sui juris*. Quelquefois le tiers l'affranchissait lui-même. Plus ordinairement la dernière ou l'unique mancipation avait été accompagnée d'un contrat de fiducie [1], portant que le tiers serait obligé de remanciper l'enfant à son père. Alors c'est ce dernier qui, investi du

[1] En général, par le contrat de fiducie, l'acquéreur s'engage pour un cas donné à retransférer la chose à l'aliénateur. Cependant, lorsque le tiers devait affranchir lui-même on peut croire que la convention qui l'y obligeait constituait aussi un contrat de fiducie, puisque la tutelle déférée à ce tiers ou à ses enfants, s'appelle tutelle fiduciaire. (Gaius, I, § 166.)

mancipium par l'exécution de ce contrat, faisait lui-même l'affranchissement définitif. On disait dans ce cas que l'émancipation avait lieu *contracta fiducia*.

B. Celui qui affranchissait une personne *in mancipio* était assimilé à un patron, et par conséquent investi du droit de tutelle, et appelé à défaut d'enfants à la succession légitime du *manumissus*. Ce sont ces droits que le père se réservait par le contrat de fiducie.

C. L'émancipation ne comporte ni terme ni condition : la forme de l'acte s'y oppose, et on ne conçoit pas un changement d'état conditionnel ou temporaire. Exprimées, les modalités emporteront donc nullité de l'opération. (F. 77, D., L, 17.) Sous-entendues, s'il s'agit d'un terme *ad quem* ou d'une condition *ad quam*, elles seront réputées non écrites (Accarias) [1]. L'émancipation exige la présence de l'enfant comme chose mancipée et implique qu'il consent à l'émancipation ou tout au moins ne s'y oppose pas. (Paul, II, 25, § 5), car nul ne peut contre son gré être dépouillé de sa qualité d'héritier sien. Enfin, le consentement du père de famille est absolument nécessaire et en principe ne saurait être contraint. Cependant, et le mot *pene* du § 9 des *Inst.* nous l'indique, il est des cas où le fils de famille peut exiger son émancipation ; par exemple, l'adrogé impubère (F. 20 ; f. 32 ; f. 33, *de Adop.*) qui prouve que l'adrogation lui est désavantageuse, une fois arrivé à la puberté; le fils maltraité, la fille que son père prostitue. (F. 5, XXXVII, 12 ; f. 6, Code, XI, 40.) Un autre cas, sur lequel il y avait eu controverse, est celui où le père a reçu une libéralité testamentaire sous la condition ou avec prière d'émanciper son enfant ; le préteur interviendra au besoin pour faire exécuter cette disposition. (F. 92, l. XXXV, t. I.) Quand c'est un aïeul qui émancipe son petit-fils, le consentement du père qui les sépare est inutile. (F. 7, *Inst.*)

[1] F. 34, *de Adop.*

D. D'un texte d'Ulpien (F. 2, pr., I, 16), il résulte que dès l'époque classique l'émancipation aurait été comme l'adoption un acte de juridiction gracieuse. Mais il devait avoir seulement en vue l'affranchissement d'un homme libre *in mancipio*, car l'émancipation excluant l'intervention du magistrat ne rentrait pas plus dans la juridiction gracieuse que dans la contentieuse. Mais, sous Justinien, le texte peut s'entendre de l'émancipation, puisque désormais elle se fait par une déclaration devant le magistrat.

F. L'émancipation romaine se distingue de la nôtre en ce qu'elle s'appliquait même aux majeurs. Il est probable que dans le principe les mancipations furent réelles [1], mais bientôt elles devinrent fictives. « *Mancipo tibi hunc filium qui meus est*, disait le père à un étranger en présence de cinq témoins, et de deux autres dont l'un remplaçait le *libripens* qui tenait une balance à la main comme pour peser la pièce de monnaie prix du marché, et le second tenait la place de l'*antestatus* des ventes ordinaires. Le contrat de fiducie se trouvait sans doute formé au moyen des paroles prononcées lors de la mancipation et qui en faisaient la loi, *lex mancipii*, conformément aux prescriptions mêmes des Douze Tables. (Tab. VI, § 1.) Le père obligeait celui à qui il transférait la propriété de son fils à la lui rendre : *Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur*. (Gaius, I, § 140.) Dès lors, le père avait son fils non plus *in patria potestate*, mais *in mancipio*. Sigonius (*De judic.*, 1, 5) a cru pouvoir induire de certains passages de Cicéron la formule, sinon textuelle, au moins approximative de la fiducie imposée à la troisième mancipation : « *Ego vero hunc filium meum tibi mancupo ea conditione ut mihi emancupas ; ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* » (Cic., *de Off.*, 3, 15 ; *ad Div.*, 7, 12.)

Cette émancipation ancienne ou légitime n'exigeait trois

[1] Nous voyons en effet Numa défendre au père de vendre son enfant marié avec son consentement et selon les lois.

mancipations que pour le fils, par la raison que le père est plus étroitement lié à son père que la fille ou le petit-fils, en ce que par la fille le nom et la famille de son père ne peut se perpétuer, et qu'à l'égard du petit-fils il est éloigné de son aïeul de deux degrés. (Inst., I, 12, § 6 ; D., l. XXVIII, III, f. 8, § 1 ; Code, l. VIII, XLIX, f. 6.) La mancipation, nous dit Pothier, est une tradition de brève main et une vente fictive (*imaginaria venditio*) par laquelle le père naturel vendait et livrait son fils à un tiers appelé *fiduciarius*, ou confidentiaire, dont il recevait une pièce de monnaie en représentation du prix. Cette mancipation qui se faisait autrefois devant le président de la province se fait maintenant devant une curie et en présence de sept témoins à ce appelés.

G. On voit par tout ce qui précède quel était le caractère absolu de l'autorité paternelle dans le droit quiritaire, caractère que les historiens et les jurisconsultes font remonter jusqu'aux premières dispositions législatives dues à Romulus. L'émancipation est donc essentiellement de droit civil, exclusivement propre aux citoyens romains. Son utilité est incontestable si l'on songe qu'à l'origine le pouvoir du père sur ses enfants est sans limite et sans contrôle : droit de vie et de mort, de les exposer, de les abandonner, de les vendre. Ses enfants ne peuvent se marier sans son autorisation ; il peut ensuite, malgré eux, les contraindre au divorce en répudiant arbitrairement son gendre ou sa bru. Le fils ne peut rien posséder, rien acquérir, ni exercer aucun droit en son propre nom. Le fruit de son travail ou de son talent tombe dans le patrimoine de son père qui en dispose à son gré et peut en outre l'exhéréder complètement au profit d'un étranger. Cette puissance, dont le père seul avait l'exercice, qui, on le voit, était dans son intérêt exclusif, était perpétuelle et ne cessait qu'à sa mort, quelque fût l'âge des enfants.

H. Dans la rigueur des principes, l'émancipation faisait complètement sortir l'enfant de sa famille et brisait les liens

de l'*agnatio*, les seuls qui, à cette époque, engendrassent les obligations juridiques. L'enfant subit une *minima capitis deminutio* et devient *paterfamilias*, c'est-à-dire chef d'une famille nouvelle. En quittant sa famille originaire, il perd tous les droits qu'il y avait et se trouve ainsi exonéré de toutes les charges qui incombaient à chacun de ses membres. Ses créances, actions, dettes et droits de succession étaient anéantis, en tant qu'ils concernaient sa personne civile ; car, au point de vue de la *cognatio* il y avait là un lien naturel, un fait qu'aucune disposition législative ne pouvait détruire. Si l'émancipé était impubère, on lui donnait un tuteur qui fut d'abord l'acheteur fictif qui avait coopéré à son émancipation, et plus tard le père émancipateur ; c'était la tutelle fiduciaire. L'émancipation n'exerce aucune influence sur la condition des enfants déjà nés ou conçus des *justæ nuptiæ* de l'émancipé. (Inst., § 9.)

Au point de vue religieux, l'effet de l'émancipation était le renoncement au culte de la famille où l'on était né. (Servius, *ad Æn.*, II, 156.) Les Romains désignaient cet acte par le nom bien significatif de *sacrorum detestatio* [1].

II. — Le préteur devait naturellement apporter des changements à une législation aussi rigoureuse et parfois aussi inhumaine. Il vit une injustice dans le principe de l'extinction légale des dettes de l'émancipé ; en conséquence, il rescinda la *capitis deminutio* subie par celui-ci et promit à ses créanciers lésés le secours de la *restitutio in integrum*. L'émancipé était exclu de la succession paternelle ; le préteur l'y appela en lui donnant des *bonorum possessiones* qui le firent venir au rang des *heredes sui*, et en concours avec eux, sauf la *collatio bonorum* à laquelle ils étaient soumis [2], c'est-à-dire le rapport des biens qui, sans l'émancipation, se trouveraient dans la succession, sauf les biens dont son père l'a gratifié *dignitatis causa ;* la dot reçue de sa femme et les actions

[1] Aulu, Gelle, XV, 27.

[2] Inst. II, 13, §§ 3 et 4 ; f. 17, *de Bon. pos. cont. tab.* ; f. 1, pr,. 37, VI, D.

d'injures. S'il était exhérédé, il avait dans le droit primitif la faculté d'exhéréder son père émancipateur, lorsque celui-ci n'était pas en même temps son patron. Le préteur donna à ce dernier une *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis*, pour venir à la succession dont on l'avait exclu, sans préjudice pour lui du droit d'intenter la *querela inofficiosi testamenti* comme ascendant [1]. (F. 3, pr. ; f. 1, § 6, 37, XII ; f. 2, *Si a par. quis man.*)

III. — En changeant la constitution politique de l'État, l'Empire opéra aussi une transformation graduelle dans le droit civil dont les règles impératives durent céder devant des principes plus naturels et plus doux. Par l'élévation de ses dogmes et la pureté de sa morale, le Christianisme eut aussi une influence salutaire sur la législation ; son esprit de justice et de charité inspira souvent les décisions impériales. La puissance paternelle fut renfermée dans des limites plus conformes à son but et le père n'eut plus sur ses enfants cette autorité despotique et barbare des premiers siècles de Rome. Il lui fut défendu de les mettre à mort, de les abandonner *noxaliter*, de les exposer, de les contraindre au divorce ; il ne lui fut plus permis de vendre son fils qu'au cas d'extrême misère, et *adhuc sanguinolentus* [2]. Quant aux biens, l'institution des pécules vint assurer au fils un patrimoine propre sur lequel les droits du père étaient nuls ou restreints à une nue propriété.

Au point de vue de l'émancipation, l'enfant ne peut être émancipé sans son consentement ; dans certains cas même, le père peut être forcé de l'émanciper. Constantin décida que l'émancipation pourrait être révoquée en cas d'ingratitude. Comme conséquence accessoire, cette révocation entraînait

[1] D., f. 1, § 6, l. XXXVII, t. XII. — Relativement à l'exhérédation le testateur qui émancipant son fils a retenu *in potestate* le petit-fils issu de lui, doit les instituer ou les exhéréder tous les deux. (F. 1, pr., 38, VIII.) L'émancipé omis intente valablement la pétition d'hérédité contre l'héritier inscrit, et peut exiger de lui la translation de tous ses droits. (F. 13, pr. 37, IV.)

[2] F. 1, C., VII, 16 ; f. 1, Code, Th., V, 8.

retour au père des donations par lui faites à l'émancipé et sans doute aussi l'acquisition de tous les autres biens appartenant à ce dernier. (F. V, § 248 ; L. unic., Code, VIII, 50 ; f. 1, Code, *de Ingr. lib.*) L'empereur Anastase supprima les anciennes formes de l'émancipation, qui avaient survécu jusqu'alors à tous les changements de fond qu'avait subis cette institution. Il décida qu'elle résulterait désormais d'un rescrit impérial insinué sur les registres du magistrat entre les mains de qui on devait le déposer ; la présence de l'enfant ne fut plus exigée ; mais, dans son intérêt même, on exigeait son consentement par écrit s'il était pubère [1]. Malgré son émancipation, le fils de famille conserva ses pécules ; sa *capitis deminutio* n'a pour effet que d'éteindre les droits d'usage et d'usufruit qu'ils comprennent. Quant au testament fait par le fils, s'il porte sur les pécules *quasi castrense* et adventice il est rendu *irritum* par l'émancipation, sauf la *bonorum possessio secundum tabulas* donnée à l'institué, s'il est fait dans la forme prétorienne. Les constitutions impériales mettent l'émancipé (mais non ses descendants) au rang des agnats [2] pour le faire venir à la succession légitime de ses frères et sœurs, comme s'il n'y avait pas eu d'émancipation.

Depuis Antonin le Pieux quand l'adrogeant émancipe l'adrogé *non cognita causa*, c'est-à-dire sans cause sérieuse ou sans examen du magistrat les biens de l'adrogé lui sont restitués (même ceux qu'il a acquis étant en puissance) par une *condictio ex lege* (F. unic., XIII, 2) comme auparavant, et en outre il acquiert ou plutôt conserve un droit éventuel au quart des biens que pourra laisser l'adrogeant ; c'est la quarte Antonine, semblable à la légitime, en vertu de laquelle il est traité comme les *liberi naturales*.

Antonin le Pieux avait décidé que, par la *bonorum possessio contra tabulas*, les femmes *suæ heredes* n'obtiendraient rien

[1] Inst., § 6 ; Code, f. 5, VIII, 49 ; f. 11, VI, 58.
[2] § 3, Inst., I, 15 ; § 1, III, 5.

de plus que par le *jus accrescendi ;* d'où il résulte qu'en présence d'*extranei* elles restent limitées à la moitié de l'hérédité et que, quels que soient les institués, elles acquittent les legs proportionnellement à la part héréditaire qu'elles recueillent. Sa décision fut étendue, comme elle devait l'être logiquement, aux femmes émancipées. (Gaius, II, § 126.)

La constitution de l'empereur Anastase (F. 11, Code, VI, 58), tout en admettant les émancipés à la succession de leur frère, ne le faisait qu'avec quelque diminution de leur portion, lorsque par une clause de l'émancipation il leur était accordé de pouvoir succéder. (Inst., III, 5, § 1.)

La formule de l'émancipation simplifiée par Anastase aurait été suivant le *Promptuarium* d'Herménopule, ainsi conçue : « *Hunc sui juris esse patior, meaque manumitto.* » (Prompt., I, 17, 8.)

L'émancipation n'enleva plus au frère consanguin le droit de venir en concours avec sa mère à la succession de son frère ; de même les petits-enfants émancipés purent venir par une *bonorum possessio unde legitimi* à la succession de leur aïeule. Telle fut l'émancipation Anastasienne.

IV. — Justinien alla plus loin qu'Anastase [1], et permit au père qui voulait émanciper son enfant d'en faire directement la déclaration devant ce magistrat ou le juge compétent ; puis il décida que cette émancipation aurait à l'égard de l'ascendant tous les effets de celle qui était faite autrefois avec contrat de fiducie, laquelle fut supprimée pour mettre la théorie d'accord avec la pratique de son temps. Justinien, dit M. Accarias, a pourtant glissé au Digeste une mention du contrat de fiducie qu'en réalité il avait supprimé tout en en conservant les effets. (F. 2, § 15, XXXVIII, 17.)

A. Les servitudes personnelles ne s'éteignant plus par la *capitis deminutio*, l'émancipé conserva les droits d'usage ou d'usufruit compris dans les pécules *castrense* et *quasicastrense*. Quand il vient à l'hérédité de ses frères et sœurs en concours

[1] Inst., § 6, f. 6, Code, *de Emancip.*

avec d'autres frères restés en puissance, il partage avec eux sans diminution ; il en est de même de ses enfants. La mère dont les droits à la succession de son enfant ne sont pas détruits par l'émancipation, est dispensée désormais d'avoir le *jus liberorum* pour pouvoir en profiter [1]. L'enfant donné en adoption à un étranger conserva tous ses droits à la succession de son père naturel, même quand il aurait été émancipé depuis son adoption. Justinien assura au père émancipateur les droits de succession et de tutelle dont il jouissait autrefois ; mais il ne l'appela qu'au troisième rang à la succession de l'émancipé, mettant au premier rang les enfants de celui-ci et au second ses frères et sœurs.

Ce fut sous cette forme nouvelle que l'émancipation se conserva dans l'empire d'Occident jusqu'à sa chute. Dans l'empire d'Orient, une constitution de Léon le Philosophe (Novelle 25) que plusieurs auteurs croient apocryphe, supprima pour l'émancipation toute espèce de formalités, déclarant qu'elle pourrait résulter désormais pour le fils du fait d'avoir eu pendant longtemps une habitation séparée.

B. A l'époque où il fallait encore trois mancipations pour arriver à l'émancipation, le mariage n'était pas dissous par ces mancipations comme le prouve un texte de Gaius (I, § 135). Mais ce texte, dit M. Accarias, constate une controverse sur la condition des enfants : s'ils sont conçus lorsque leur père est encore *in prima* ou *in secunda mancipatione*, ils naissent sans aucun doute sous la puissance de leur grand-père. Mais s'ils ont été conçus leur père étant *in tertia mancipatione*, par conséquent se trouvant déjà affranchis de la *patria potestas*, Labéon voulait qu'ils naquîssent sous la puissance de la personne qui tenait leur père *in mancipio*. Mais la pratique admettait que leur condition était *in pendenti*. Leur père mourait-il *in mancipio?* ils étaient *sui juris*. Était-il affranchi ? Cela les faisait tomber en sa puissance.

[1] F. 7, C., Théod., *de Leg. hered.* Mais le droit de la mère varie vis à vis des frères ou sœurs consanguins non émancipés (Accarias).

C. Relativement au testament de l'émancipé, le testament peut être attaqué par ses descendants, et s'il n'en laisse aucun, par son père, quand l'émancipation n'a pas été faite *contracta fiducia*, avons-nous dit plus haut. Il ne faudrait pas objecter que d'après le droit civil c'est au *manumissor extraneus* qu'était dévolue la succession de l'émancipé ; car le droit de ce *manumissor* disparaît par l'effet de la *bonorum possessio unde decem personæ* (supprimée du reste sons Justinien), que le préteur donnait notamment aux enfants et au père (§ 3, Inst. III, 9). Il s'ensuit, selon nous, que la *querela* appartient au père, quand les enfants y ont renoncé ou l'ont intentée sans succès (ff. 14 et 31, pr., D., *De inoff. testam*).

D. L'*adsignatio liberti*, dérivant non seulement de la qualité de *manumissor* mais aussi de la puissance paternelle, était en principe inadmissible au profit d'un émancipé (§ 2, l. III, 8, Inst.). Par exception le père émancipateur qui avait encore au moins deux enfants en puissance pouvait assigner l'affranchi tout à la fois à l'un d'eux et à l'émancipé (f. 9, *De assig. lib.*).

E. Quand le défunt émancipé laissait un ascendant paternel, si c'était le père, celui-ci était préféré à la mère, soit comme héritier, s'il avait émancipé le défunt *contracta fiducia*, soit, dans le cas contraire, comme *bonorum possessor ;* si c'était un grand-père ou un arrière-grand-père, la mère était toujours préférée (f. 10, XXXVIII, 16, f. 2, § 17, *Ad. sc. Tertul.*, f. 2, § 15). S'il y a à la fois le père et le grand-père, celui-ci étant émancipateur, il écartera la mère (f. 5, § 2), pourvu qu'il n'ait pas lui-même changé de famille, auquel cas, la mère partage avec les agnats ou à défaut d'agnats avec le père, mais celui-ci venant à titre de simple cognat (f. 2, §§ 17 et 18).

F. Autrefois, semblable à un affranchi, l'émancipé avait pour héritiers d'abord ses enfants *in potestate* et ses descendants assimilés aux *sui ;* puis ceux qui l'avaient rendu *sui juris*. Le préteur créa pour le père émancipateur sans con-

trat de fiducie et quelques autres parents la *bonorum possessio unde decem personæ ;* à partir du sénatus-consulte Tertullien, la mère fut appelée à défaut du père ; depuis le sénatus-consulte Orphitien, les enfants d'une fille émancipée purent exclure le père émancipateur et concourir avec la mère. Enfin en 883 Gratien, Valentinien et Théodose décidèrent que ses descendants quelconques primeraient ses ascendants (f. 3, C. Th., VI, f. 4, C. *Ad. sct. Orph.*). Justinien, par des termes ambigus, n'appelle plus le père émancipateur qu'à défaut des frères et sœurs. Il fut ainsi décidé en l'an 528 (f. 7, C. VI, 56) et en l'an 532 (f. 13, C. VI, 58). Cependant dans le cas de prédécès de la mère tous ses biens sont attribués aux seuls frères et sœurs qui sont ses enfants et l'usufruit de toute la succession appartient au père. Si c'est le père qui est prédécédé, la mère prend une part virile en pleine propriété quand il y a des frères ; et la moitié quand il n'y a que des sœurs. Le père et la mère, s'ils survivent l'un et l'autre, se partagent l'usufruit des deux tiers de la succession. « De là il résulte, dit M. Accarias, d'une part que les frères et sœurs du défunt gagnent pécuniairement à n'avoir pas perdu leur mère ; et d'autre part que le père ne recueille pas même la moitié de ce qu'il aurait en supposant la mère prédécédée. Cette décision s'explique assez bien : la mère doit régulièrement concourir avec les frères et sœurs ; mais ceux-ci priment le père et le père prime la mère. Justinien tranche le conflit de ces différents droits par une transaction. Mais voici une difficulté véritable : Dans la législation de Justinien, le père émancipateur conserve un droit d'usufruit sur la moitié des biens adventices appartenant à l'enfant. Cette innovation date de l'année 529 (f. 6, § 3, Code, VI, 61). Or, supposons qu'au jour de l'émancipation l'enfant n'avait que des biens adventices, et que depuis lors son patrimoine ne se soit pas accru, peut-être même ait subi des diminutions. L'application littérale de la loi 7 (*ad. sc. Tertull.*) nous conduirait à décider ici qu'à raison de la survie de la mère, le

décès de l'enfant réduit les droits antérieurement acquis au père. Ce résultat doit-il être accepté ? Je ne le pense pas, et j'incline à admettre que cette loi qui appartient à l'année 528 a été virtuellement modifiée par la constitution précitée de l'année 529, et qu'en conséquence elle ne s'applique à l'égard du père qu'autant que le tiers des biens laissés par l'émancipé est au moins égal à la moitié des biens adventices qu'il avait au jour de l'émancipation. »

§ II. — *Époque barbare.*

I. Trois dominations successives ont passé sur notre pays avant qu'il devînt la France et ont laissé des traces profondes dans nos mœurs et notre législation. Occupée d'abord par les Celtes, la Gaule fut conquise par César et ne fut plus qu'une province romaine jusqu'à ce que l'invasion des Francs vînt la soumettre à un nouveau joug. C'est de la fusion des éléments divers empruntés aux usages celtiques, au droit romain et aux lois germaniques que se sont formées les institutions et les coutumes qui ont régi la France jusqu'en 1789. Mais ces trois sources n'ont pas contribué d'une manière égale à la formation de notre droit et de notre nationalité. La civilisation gauloise comprimée et presque étouffée par la conquête romaine, finit par succomber devant la puissance de ses vainqueurs ; elle ne laissa après elle qu'un poétique souvenir et quelques usages restés vivaces dans les provinces habitées par ses derniers défenseurs. Les mœurs et les institutions de Rome, au contraire, s'implantèrent profondément dans notre sol, surtout dans le Midi, et le droit romain devint la vraie base de notre législation. Imposées d'abord par les empereurs à la Gaule les lois civiles furent ensuite acceptées par les populations comme un progrès et un bienfait, et elles résistèrent à tous les changements et à toutes les révolutions sociales. Lorsqu'au VI^e^ siècle les tribus germaines envahirent la Gaule et renversèrent l'empire, elles purent bien s'emparer d'une partie du terri-

toire, mais n'osèrent pas enlever aux vaincus l'usage des lois romaines. Alors prit naissance le système de la personnalité des lois : les Francs, les Bourguignons et les peuples germains suivirent leurs coutumes nationales tandis que les Gallo-Romains continuèrent à être régis par le droit romain. Plus tard les Capitulaires, il est vrai, furent applicables à toute la monarchie franque ; mais ce principe d'unité ne put faire disparaître la différence profonde qui, dès le règne de Charles le Chauve, existait entre le Nord et le Midi. Déjà on voit se former une ligne de démarcation entre les provinces méridionales fortement pénétrées par la civilisation romaine et les provinces du Nord, empreintes des usages germaniques. C'est de cette diversité de traditions et d'idées que naquit, au moyen âge, la division de la France en pays de droit écrit et pays de droit coutumier : les premiers suivent, comme droit commun, les lois romaines modifiées seulement par quelques usages locaux, tandis que les seconds, régis par des coutumes, ne se réfèrent au droit romain que comme à la raison écrite.

II. Chez les Gaulois, le père était, comme à Rome, maître de la personne et des biens de ses enfants ; il avait sur eux droit de vie et de mort ; Gaius lui-même[1] constate que les Galates, tribu d'origine gauloise, étaient le seul peuple chez lequel on trouvât une puissance paternelle comparable à celle des Romains. Mais s'il y avait identité dans le caractère despotique de ce pouvoir, il existait une différence essentielle quant à sa durée ; en Gaule, l'autorité du père n'était pas perpétuelle, elle cessait pour le fils qui contractait mariage ou atteignait un certain âge. Sa qualité de mari lui faisait acquérir une puissance absolue sur la personne de sa femme et l'émancipait lui-même de plein droit.

III. Après la conquête de la Gaule, les principes romains sur le caractère et la perpétuité de la puissance paternelle

[1] Com. 1, § 55.

vinrent remplacer l'antique droit national et constituer la famille sur des bases nouvelles. L'autorité du père s'étendit aux petits-enfants et à l'épouse du fils ; la règle de l'émancipation par le mariage disparut : le droit romain se substitua complètement aux usages celtiques.

IV. Chez les divers peuples germains qui envahirent ensuite la Gaule, l'autorité paternelle avait un caractère tout à fait opposé. Cette puissance, nommée *mundium*, résultait du mariage et s'exerçait sur la femme et sur les enfants ; elle ne conférait à celui qui en était investi qu'un pouvoir de tutelle et de protection ; elle était surtout établie dans l'intérêt du faible et de l'enfant. Elle appartenait au père et à la mère ; mais le père seul en avait l'exercice durant le mariage, parce qu'il était déjà chargé du *mundium* de son épouse. Elle cessait lorsque l'enfant avait atteint un âge assez avancé pour se protéger lui-même et lorsqu'il contractait mariage.

Cette différence caractéristique entre la *patria potestas* romaine et le *mundium* germanique devait se perpétuer dans les législations successives qui régirent notre ancienne monarchie. Après les invasions barbares, les Gallo-Romains continuèrent à avoir la puissance paternelle du droit impérial, adoucie seulement par le progrès des mœurs et l'influence chrétienne ; les Francs, au contraire, et les autres peuples germains conservèrent dans leurs lois les principes traditionnels du *mundium*, et lorsque, après plusieurs siècles, la fusion se fut opérée entre les divers éléments destinés à former notre nationalité, que la France fut définitivement constituée, la même divergence se reproduisit dans la législation ; la puissance paternelle conserva une organisation fort différente dans les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

§ III. — *Puissance paternelle dans les coutumes.*

La plupart de nos coutumes étant muettes sur la puissance paternelle, leur silence semblait en subordonner l'exercice au droit naturel. En outre, on était tellement habitué dans toute la France à considérer le droit romain comme le type et l'idéal de la législation, que le pouvoir du père dans les pays de coutume ne fut jamais appelé du nom de puissance paternelle. Nos auteurs coutumiers ont tous reproduit cette règle de Loysel : « Droit de puissance paternelle n'a lieu. »

I. Aussi avait-on mis en doute que la puissance paternelle fût connue dans notre ancien droit coutumier ; mais il suffit de consulter les textes pour se convaincre du contraire. Laurière le dit formellement : il est certain que la puissance paternelle avait chez nous pour effet d'attribuer au père la propriété des biens acquis par le fils en puissance. Le même auteur cite à cet égard un passage du *Grand Coutumier* qui paraît décisif : « Un laiz ou don qui est fait *à mon enfant étant en ma puissance* vient à mon profit, au cas toutefois que le don ou laiz ne serait causé pour apprendre à l'école, ou pour le marier ; et encore si la cause cessait, ledit laiz ou don reviendrait à moy par la coutume de la prévôté de Paris [1]. » Dans un acte du *Parloir aux Bourgeois* de 1293, on lit : « Il fut répondu, registré, témoigné et accordé de eux que les enfants demeurant avec le père ou avecques la mère, se ils font aucuns acquêts, ils sont ceux au père ou à la mère, sans contredire par la coutume de Paris. » Toutefois Bouteiller réserve au fils en puissance ce qu'il a gagné par son industrie [2]. Le président Bouhier attribue les mêmes effets à la puissance paternelle et multiplie des exemples qui ne permettent pas de douter qu'en Bourgogne elle était reconnue.

[1] Laurière, sur Loysel, l. I. t. I.
[2] *Somme rurale*, I, t. LXXV.

Les termes mêmes de la coutume, les dispositions des anciens coutumiers publiés par le même auteur, qui attachent à l'émancipation certaines conséquences, supposent évidemment que le principe de la puissance paternelle était admis dans la province : « Les enfants de quatorze ans puet estre ses sire et ester en jugement, se il tient feu et lieu, jà soit que son père vie[1]. » Les expressions de Loysel : « Droit de puissance paternelle n'a lieu, » veulent donc simplement dire que dans nos Coutumes la puissance paternelle n'avait pas les mêmes caractères qu'à Rome.

II. Comparées aux règles de la *Patria potestas* romaine, celles de notre droit coutumier « supposent plus d'affection dans le régime de la famille, plus d'intimité au sein du foyer domestique. C'est uniquement la protection du fort accordée au faible, la garde du pupille confiée à ceux qui sont présumés lui porter le plus d'intérêt et d'affection[2]. » Ce pouvoir ne dure que jusqu'à la majorité ou le mariage de l'enfant, il appartient au père ou à la mère : « Les enfants sont en la vourie et mainbournie de leurs père et mère, » dit Loysel. Ses principaux attributs consistaient, en premier lieu, dans le droit perpétuel d'exiger des enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance, de leur réclamer des aliments et de consentir à leur mariage; en second lieu, dans le droit qu'ont les père et mère de gouverner la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se conduire eux-mêmes; de là pour les parents le droit de diriger leur éducation, de les autoriser à choisir une profession autre que le service militaire qu'ils peuvent embrasser sans leur consentement, de leur infliger une correction modérée et même de les faire enfermer dans une maison de force. Ces principes, on le voit, sont encore ceux de notre code civil. Enfin, une dernière conséquence de l'autorité paternelle est le droit de garde noble ou bourgeoise qui donne aux

[1] Bouhier, *Cout. de Bourgogne; Anc. Cout.*, t. III, art. 18.
[2] M. Dupin, *Cout. de Nivernais.*

parents nobles ou bourgeois de Paris l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à leur majorité, c'est-à-dire vingt ans pour les nobles, quatorze pour les roturiers mâles, et douze pour les filles.

CHAPITRE II

De l'émancipation et de ses formes.

L'émancipation, dit Denizart, est l'acte par lequel une personne qui est sous la puissance paternelle ou l'autorité d'un tuteur en est affranchie. De là, suivant plusieurs auteurs, deux genres d'émancipation, l'une, usitée dans les pays de droit écrit et les coutumes qui à cet égard suivent le droit romain, qui libère complètement l'enfant de la puissance paternelle ; l'autre usitée dans toute la France et ayant sa source dans la *venia ætatis*, par laquelle le mineur est libéré de la tutelle avant vingt-cinq ans[1]. A un autre point de vue, on distingue en France trois sortes d'émancipation : celle des gens de mainmorte, celle des mineurs et celle des fils de famille[2]. Sous le rapport historique, on distingue : l'époque féodale où l'émancipation était différente suivant qu'il s'agissait d'un enfant noble ou roturier ; l'époque monarchique où elle était la même pour tous[3]. Quelques coutumes admettent une émancipation légale, c'est-à-dire ayant lieu de plein droit dès que l'enfant a atteint l'âge requis par la coutume. Enfin une division plus générale et à laquelle nous nous attacherons plus spécialement est celle de l'émancipation expresse ou conventionnelle et de l'émancipation tacite.

[1] Nouveau Denizart ; Merlin, Répertoire : *Émancipation*.
[2] Argou, *Instituts*, l. V.
[3] M. Chambellan, à son cours.

§ I. — *Émancipation expresse.*

C'est l'acte par lequel le père, usant du pouvoir que lui donne la loi ou la coutume, déclare mettre son enfant hors de sa puissance, ou l'autorise à gouverner lui-même sa personne et ses biens.

A. En principe, le père ne peut être forcé d'émanciper son enfant sauf s'il le maltraite, l'engage malgré lui dans la débauche, l'abandonne en l'exposant. De même, l'enfant ne peut être émancipé malgré lui quand il a atteint l'âge de discernement. Dans les pays de droit écrit, il n'y avait pas d'âge fixé pour l'émancipation ; tout dépendait de la maturité d'esprit du mineur, de l'appréciation des parents et du juge ; il en était de même dans la plupart des coutumes. Cependant dans la coutume de Normandie, qui fixait la majorité à vingt ans, les filles ne pouvaient primitivement obtenir l'émancipation ; mais des lettres patentes de 1719 décidèrent que les garçons, à seize ans, et les filles à quatorze ans, pourraient être émancipés.

A l'époque féodale, le fils de gentilhomme pouvait être émancipé dès son plus jeune âge, puisqu'il était jusque-là incapable d'acquérir pour lui-même. Pendant cette période qui va du XII^e^ au XVI^e^ siècle, en effet, les gentilshommes ne s'enrichissaient que par mariage, succession ou donation. Il fallait donc les émanciper pour qu'ils pussent recevoir des donations entre vifs. En 1401, un duc et une duchesse de Bourgogne émancipent leurs enfants pour leur donner leurs biens. L'émancipation des nobles devait avoir lieu en justice, c'est-à-dire devant la cour féodale. Elle ne faisait pas cesser la puissance paternelle ; et, à défaut de puissance paternelle, elle laissait l'enfant soumis à la tutelle. Quant aux roturiers, c'était aussi pour les rendre capables d'acquérir qu'ils émancipaient leurs enfants. Mais c'était par le travail que ces enfants s'enrichissaient : il fallait donc qu'ils fussent

en âge de se suffire pour que les parents pussent les mettre hors de leur main, et comme on disait, hors de pain, pot et mainbournie. L'émancipation affranchissait complètement l'enfant de la puissance paternelle, ce qui n'était pas bien dangereux, le fils de roturier n'ayant en général qu'une fortune modeste; et d'ailleurs il restait incapable d'aliéner ses immeubles et de se marier. Il n'atteignait cette capacité qu'à l'âge de vingt-cinq ans.

A l'époque monarchique, c'est-à-dire à partir du XVI^e^ siècle, l'enfant put acquérir des biens pour lui. L'émancipation ne pouvait donc avoir pour but de lui donner cette capacité; et le droit commun était qu'on ne pouvait l'émanciper avant l'âge de puberté, sauf dans la Coutume de Bretagne, réformée en 1580.

B. L'émancipation expresse pouvait résulter d'un acte solennel constatant la volonté du père et du fils; cet usage subsista jusqu'au XVIII^e^ siècle [1]. Le fait le plus considérable que l'on puisse citer à cet égard est l'acte d'émancipation par lequel Hugues IV, duc de Bourgogne, mit hors de sa puissance le prince Robert, son fils, en 1272, avant de lui faire donation entre vifs de son duché. » Il commença par l'émanciper pour le mettre en état de jouir de ses revenus, ce qu'il fit le samedi après la Saint-Luc de la même année [2]. » Tel était le droit commun. Laurière cite les lettres par lesquelles Charles IV le Bel autorisa Charles de Valois, son oncle, à émanciper son fils Louis, âgé de sept ans; elles semblent calquées sur le Droit romain. L'acte d'émancipation était passé en général par devant les officiers du bailliage; les princes souverains eux-mêmes ne croyaient pas pouvoir s'affranchir de la comparution en justice. Le président Bouhier indique les formalités usitées : « Dans un formulaire de pratique, dit-il, qu'a dressé il y a plus d'un siècle un lieutenant-général au bailliage de Châlons, il est dit que toutes

[1] Simonnet, *Revue historique du Droit*, 1868, p. 530.
[2] Dom Plancher, *Hist. de Bourg.*, tome XXII, p. 36.

émancipations d'enfants nobles doivent se faire par devant les lieutenants au bailliage et en frappant l'enfant sur la tête ou sur la joue, après avoir dit qu'il est mis hors de la puissance paternelle et jouit de ses droits. J'ai vu un pareil acte de l'an 1511 où il est dit seulement que le père, tenant les mains de ses enfants entre les siennes, les a émancipés et mis hors de sa puissance [1]. » Les actes consignés dans les protocoles des notaires constatent en général la demande formulée par le fils, la déclaration du père devant le magistrat compétent, une donation qui est causée *in præmium emancipationis*. Le cérémonial est plus ou moins expressif et a pour objet d'accentuer et de traduire aux yeux la séparation des intérêts des deux parties. Il y a des actes d'émancipation où le père met hors de sa puissance son fils et sa fille en rompant un morceau de pain, *le chanteau*, en deux parties dont les enfants reçoivent chacun la moitié et en prononçant des paroles solennelles. Cette formalité est la mise en action de l'expression coutumière : mettre hors de pain et de pot, synonyme de l'émancipation. « Les mots celle, domicile, pain et pot sont pris pour la puissance sur les enfants; et pour marquer que des enfants étaient émancipés, on a dit qu'ils estoient hors de celle ou hors de pain et pot [2]. » En Languedoc, Denizart nous dit que le fils se met à genoux devant son père, les mains jointes entre les siennes, et le prie de l'émanciper. Le père disjoint les mains de son fils, le relève et l'embrasse en déclarant qu'il consent à l'émancipation : le juge donne alors acte d'émancipation et il en reste minute. D'après le droit commun des pays de droit écrit et des Coutumes qui avaient adopté la *patria potestas* romaine, l'émancipation par jugement est la forme la plus usitée : tout juge est compétent pour la recevoir. Cependant, plus anciennement, Beaumanoir nous dit que l'intervention de la justice et de la famille n'était nécessaire que si l'un des ascendants

[1] Bouhier, *Cout. de Bourg.*, I, p. 491.
[2] *Glossaire du Droit français*, v° *Mise hors de pain.*

de l'enfant était décédé : « Nos disons que si le père ou la mère le met hors d'entor soi et lor baille tout ce qui leur est venu de part le mort en muebles et en héritages, sans retenir, ils sont hor de mainburnie et de la compagnie, et qui le fet en cette manière il le doit fèrè par justice ou par les amis de ses enfants [1]. »

On peut émanciper les enfants même en leur absence.

A Rome, le père devait conférer l'émancipation en personne, puisqu'il y avait là un *actus legitimus*. On s'est demandé alors si elle pouvait avoir lieu devant notaires. D'après Bouhier, il faut s'en tenir à la règle qui veut qu'elle ne puisse valablement être faite qu'en jugement; c'est l'usage le plus ancien et le plus répandu. Il s'agit ici de l'état d'un enfant et de l'intérêt de ceux qui peuvent avoir à traiter avec lui; or il est à propos que l'acte en soit connu de tout le monde. Un arrêt du 13 août 1677 porte que le père bailliste jouit des revenus de ses enfants, même après leur puberté, jusqu'à ce qu'ils soient émancipés par justice, par mariage ou par leur séparation d'avec leur père; il n'est nullement question des notaires. L'opinion contraire soutient que l'émancipation pouvant, comme nous le verrons plus loin, résulter de l'habitation séparée, c'est-à-dire du consentement tacite du père, devait *à fortiori* résulter de la volonté expresse de celui-ci déclarée devant notaires. L'émancipation est d'ailleurs un acte purement volontaire passé entre le père et le fils; or les notaires sont compétents pour recevoir ces sortes d'actes. Ce système finit par être suivi dans tous les parlements de droit écrit qui l'avaient autrefois combattu, mais il était repoussé en Alsace et dans les coutumes du Nord et du Centre. Le parlement de Besançon ne l'admet que dans le cas où l'émancipation avait lieu par contrat de mariage, tandis que d'autres coutumes exigeaient que l'acte notarié fût homologué en justice.

[1] Cout. Beauvoisis, chap. XXI, *de Compaignie*. §§ 20 et 21.

L'émancipation était personnelle à celui qui l'obtenait, elle ne profitait pas à ses enfants. Elle devait être générale et illimitée tant dans son effet que dans sa durée; il eut été contraire à la loi et à la raison que les qualités de père et de fils fussent réunies sur la même tête. Cependant quelques parlements, notamment celui de Provence, avaient admis sous le nom d'habilitation une sorte d'émancipation *ad hoc* faite devant notaire et qui avait pour but de permettre au fils de famille d'administrer ou d'aliéner ses biens adventices. L'enfant peut être émancipé à tout âge dans les pays qui admettent la *patria potestas* romaine; car, dans les autres, l'émancipation les libérant simplement de la tutelle devenait inutile après leur puberté. Quant à la majorité, elle n'était pas la même dans les pays de droit écrit que dans les pays coutumiers. Dans les pays où existait la *patria potestas* romaine, l'émancipation ne concernait que les enfants légitimes; car les bâtards n'étaient pas sous la puissance paternelle, ne faisaient partie d'aucune famille aux yeux de la loi.

C. L'émancipation expresse pouvait encore avoir lieu par *lettres royaux* qui étaient des lettres de bénéfice d'âge et se demandaient dans les pays coutumiers en la grande chancellerie ou en celle du parlement local. Cette émancipation était moins complète que la précédente. Par l'obtention de ces lettres les parents du mineur peuvent abréger le temps de la tutelle; mais il faut qu'ils donnent leur avis sur l'émancipation et que le mineur soit capable d'administrer ses biens. Ces lettres une fois obtenues, le mineur devait les faire insinuer au bureau de son domicile, puis le juge les entériner sur l'avis des parents attestant la capacité du mineur. L'avis doit être sans restriction ni limitation à peine de nullité. Sauf des cas exceptionnels abandonnés à l'appréciation du juge et des parents, cette émancipation ne s'accorde pas avant l'âge de dix-huit ans pour les garçons et seize ans pour les filles. Elle met fin à la tutelle; le mineur peut se

gouverner lui-même et administrer ses biens, si on l'en juge capable ; c'est la *venia ætatis*. Cette émancipation était suivie d'une ordonnance du juge en vertu de laquelle le mobilier était remis aux mains du curateur aux causes pour être vendu ; et l'argent employé en acquisitions d'héritages et de rentes.

Dans les pays de droit écrit et les coutumes qui avaient conservé la *patria potestas* il n'était pas nécessaire, pour demander l'émancipation, d'avoir obtenu du prince des lettres de bénéfice d'âge ; des arrêts du conseil de 1684 avaient affranchi ces pays de cette formalité. Il suffisait au mineur de réunir ses plus proches parents en conseil de famille, de demander leur avis, et s'il était favorable, de le faire homologuer par le juge de son domicile.

Toutes ces formalités étaient exigées à peine de nullité. Si, par exemple, le mineur avait des biens en France et aux colonies, il lui suffisait pour être émancipé, de faire entériner les lettres par le juge de son domicile ; cet entérinement dans un endroit produisait son effet dans tous les autres, pourvu que les lettres eussent été insinuées dans tous les sièges où le mineur avait des biens, sinon il n'était émancipé que dans le pays où avait eu lieu l'entérinement.

D. L'article CLXXXV de la Coutume d'Orléans dit : « Un père peut émanciper son enfant tant en présence qu'en l'absence dudit enfant, en quelque aage que ce soit. » Pothier dit qu'il s'agissait de l'émancipation *ad unum actum* que le père, pensait-on, devait accorder partiellement à son fils, quand celui-ci lui était partie opposée et avait pour cette affaire, en sa qualité d'incapable, un curateur aux actions contraires, parce que *soli namque patresfamilias possunt esse in tutela vel cura*. Ces émancipations n'avaient aucun fondement dans les lois et étaient une pure invention de quelque docteur qui s'était accréditée et dont on a depuis reconnu l'inutilité.

§ II. — *Emancipation tacite.*

L'ancienne législation était sur ce point pleine de difficultés et d'incertitudes; la plus grande divergence existait entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit. Les parents pouvaient émanciper leur enfant tacitement en l'envoyant travailler au loin ou en lui donnant une terre à exploiter. Il est impossible de poser un principe général; on peut seulement ramener les causes d'émancipation usitées dans notre ancienne France à quatre principales : l'habitation séparée, la promotion à certaines dignités, le mariage, l'âge.

I. Habitation séparée. — Les parlements décidaient qu'une longue séparation dénotait le consentement du père à l'émancipation; ils avaient puisé ce principe, assez bizarre si l'on ne consulte que le bon sens dans la Novelle XXV de l'empereur Léon. La demeure prolongée du fils de famille hors de la maison paternelle faisait présumer l'émancipation, pourvu que le fils eût agi sans opposition de la part de son père. Beaumanoir l'appelle séparation par feu et lieu. Loysel dit : Feu et lieu font émancipation. (Cout de Bretagne, 499.) L'existence d'un domicile à part et d'une vie indépendante était donc une condition indispensable; les Coutumes de Bretagne et de Saintonge exigeaient même, pour que l'habitation séparée emportât émancipation, que le fils eût atteint vingt-cinq ans au moment où il quittait son père. Dans les pays où, comme nous le verrons plus loin, le mariage n'émancipe pas, la fille mariée n'était pas non plus émancipée par cela seul qu'elle n'habitait plus avec son père, puisque celui-ci ne pouvait l'empêcher de suivre son mari. Il en était de même pour les ecclésiastiques et les magistrats pourvus de bénéfices ou d'offices obligeant à résidence, pour les fils de famille obligés de s'éloigner pour aller étudier dans les Universités; car c'était la volonté formelle de la loi et non

plus le consentement tacite du père qui autorisait alors l'enfant à avoir un domicile distinct. C'est ce que fait bien ressortir le passage suivant des Assises de Jérusalem, à propos des Étudiants. « S'il avient que le fils d'aucun homme et qui est en son poier et par sa volonté, est en escole alés pour aprendre aucune science, la raison juge et commande que le père ou la mère de celuy sont tenus de poier ce qu'il a emprunté pour son vivre ou son maistre poier (de même pour ses contrats et ses délits). Mais si ces fils n'est soute sa subgession, mais est par luy hors des biens de son père ou il a devisée chose des biens du père, à céans dou fils, ou par cort ou sans cort, si con est-ce il est d'aage et a pris femme et a enfans; bien juge la raison que ni pères ni la mères ne sont puis tenus de riens que celui fasse. Telle est la Coutume de Jérusalem. » Ce mode d'émancipation était fondé sur ce motif que le père, en consentant à ce que son fils eût une habitation séparée, avait voulu par là lui conférer le bénéfice de l'émancipation. Si donc la séparation pouvait s'expliquer par une autre raison, cette présomption de volonté de la part du père n'avait plus de fondement, et l'enfant n'était pas émancipé, quelque longue qu'eût été cette séparation.

On avait admis une règle particulière pour les commerçants. Certains auteurs, comme Brodeau, voulaient que pour faire le commerce le mineur fût préalablement émancipé. Mais plusieurs coutumes l'autorisaient à faire le commerce et à s'obliger pour le fait de son négoce, sans lui imposer la nécessité d'obtenir aucune autorisation, et même sans exiger qu'il fût émancipé.

Plus tard cette règle fut généralisée par l'ordonnance de 1673 qui, dans son article 6, en fit le droit commun de la France. Tous négociants et marchands en gros et en détail seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité; c'était donc l'exercice même de l'état de commer-

çant qui conférait au mineur une émancipation particulière, restreinte aux actes commerciaux, mais plus étendue dans ses effets que l'émancipation ordinaire, puisque, relativement à ces actes, le mineur avait la même capacité que les majeurs de vingt-cinq ans. Le père et la mère, disait M. Chambellan à son cours, quand ils émancipaient tacitement leurs enfants, avaient coutume de mettre à l'émancipation des restrictions analogues à celles que le juge mettait dans la sentence d'entérinement. Le père pouvait stipuler qu'une partie des gains du commerce lui appartiendrait. Ne faut-il pas voir dans l'article 387 qui dit que l'usufruit légal ne s'appliquera pas aux biens acquis par le travail et l'industrie séparée des enfants, un souvenir de cette émancipation tacite. Aujourd'hui l'autorisation de faire le commerce n'émancipe pas, mais produit cet effet d'empêcher toute jouissance légale sur les biens de l'enfant acquis dans son commerce.

Cette émancipation tacite était considérée comme le résultat d'une véritable prescription, et, comme telle, elle avait un effet rétroactif au moment où avait commencé la possession d'état qui en était la base ; le père était présumé avoir consenti du jour où il avait permis à son fils de le quitter. Aussi, dès que le terme de dix ans était atteint, tous les actes faits par le fils, depuis le moment de la séparation, devenaient valables et échappaient à toute demande en rescision.

A cette espèce d'émancipation il faut rattacher celle qui, en Bourgogne, résultait de ce que le père avait remis à son fils ses biens adventices et lui en avait rendu compte ; on tirait de ce fait la preuve que le père consentait à laisser son fils administrer ses biens et vivre hors de sa puissance.

Le silence de la loi romaine sur le point de savoir combien de temps devait durer l'habitation séparée du fils pour qu'il fût émancipé avait fait naître une vive controverse entre les auteurs. Quatre opinions sont en présence : suivant les uns,

il suffit d'un seul instant de raison; suivant d'autres, le délai doit être d'un an et jour; enfin de nombreux auteurs accordent un délai de dix ans ou de vingt ans.

Le premier système prétend que tous les délais sont arbitraires; que, dès que le père autorise son fils à vivre comme un père de famille, a connaissance de la possession où il est de son état et ne s'y oppose pas, il est présumé l'avoir affranchi de sa puissance. Or pour cela, nous dit-on, un seul instant suffit. Ce système qui est celui de la Coutume de Reims ne repose sur rien; car la puissance paternelle ne peut se perdre par un seul instant de raison; il faut que le père manifeste sa volonté persistante au moins par un certain laps de temps; qu'il puisse connaître le domicile séparé de son fils et la façon dont il s'y comporte. Toutes les lois qui établissent de semblables présomptions exigent un certain temps. Pour que le fils de famille qui s'est mis en possession d'une hérédité soit présumé l'avoir fait du consentement de son père et puisse l'acquérir il faut qu'il la possède *per longum tempus*. Dans notre espèce, le code de Justinien veut que le père ait laissé longtemps (*cum diu passus sit*) son fils vivre en père de famille.

Aussi beaucoup de Coutumes [1] exigent-elles un délai d'un an et jour, comme cela a lieu pour l'homme franc qui devient mainmortable, quand il a tenu pendant ce temps feu et lieu en un lieu de mainmorte. On dit en Bourgogne que les mainmortables communs en biens ne seront tenus pour séparés que s'ils ont vécu séparément pendant an et jour après le partage de leurs biens [2]. Toutefois Bouhier ne croit pas que la Coutume de Bourgogne doive s'interpréter de la sorte. En effet, comme elle renvoie au droit écrit pour tout ce qu'elle ne décide pas, c'est ce droit et non le droit coutumier qu'il faut appliquer; or les lois romaines portent le mot *diù*. Quant à la décision des Coutumes du Poitou, Bor-

[1] Poitou, 312; Bordeaux, 2; Angoumois, 120; Saintonge, 2.
[2] *Cout.*, Bourg., 92 et 98.

deaux, etc., on ne peut l'étendre ici, puisqu'elles ne parlent que d'un enfant marié. Dans les art. 92 et 98 de la Coutume de Bourgogne qui parlait de l'an et jour, il n'est pas question de faire perdre à un tiers un droit qui lui est acquis, comme au cas d'émancipation tacite ; mais il ne s'agit que du préjudice que peut se faire à lui-même celui qui change de domicile, et, en cette occasion, il n'est pas étonnant qu'on exige un moindre intervalle de temps.

Les systèmes qui exigent dix ou vingt ans sont ceux des anciens commentateurs : ils étaient enseignés par Accurse. Pour admettre un délai de vingt ans on s'appuie sur un texte du Code qui l'indique comme nécessaire à l'esclave pour prescrire sa liberté [1]. Cette analogie entre l'affranchissement et l'émancipation n'a pas de raison d'être : car il est peu probable qu'un maître consente aussi facilement à avantager son esclave qu'un père à avantager son fils, et la manumission tacite n'était pas aussi favorable que l'émancipation. Le délai de vingt ans semble plus rationnel. C'est ainsi que les anciens commentateurs interprètent le mot *diù ;* c'est le système des ordonnances à propos des ratifications tacites et aussi celui des Parlements des pays de droit écrit.

II. Promotion a certaines dignités. — L'émancipation tacite qui résultait de la nomination du fils de famille à certaines dignités dans l'Église, l'armée et la magistrature, avait une origine romaine. Justinien avait décidé sans désigner cet effet légal sous le nom d'émancipation que la dignité de patrice libérerait de la puissance paternelle : puis il avait étendu cette faveur aux consuls, préfets du prétoire, évêques, enfin à toutes les dignités qui affranchissaient de la curie.

Dans les pays de droit écrit, l'application de cette novelle fit longtemps difficulté, parce que, de toutes les dignités qu'elle énumérait, celle d'évêque était la seule qui eût sub-

[1] F. 2, VII, 22.

sisté en France. Aussi, dans l'ordre ecclésiastique, l'épiscopat conserva-t-il le privilège exclusif d'émanciper. Pour les fils de famille qui avaient reçu la prêtrise, la seule faveur qui leur fût accordée par les lois c'est que l'on considérait comme un pécule *castrans* tout ce qu'ils acquéraient au service de l'Église. Le mineur pourvu d'un office ou d'un bénéfice est émancipé, mais cette émancipation est limitée aux fonctions qu'il remplit. Parmi les charges séculières celles de ministre, secrétaire et conseiller d'État, gouverneur de province et lieutenant général, eurent seulement le pouvoir d'émanciper, ces fonctions ayant quelque analogie avec celles des patrices et préfets militaires de Rome; la charge de trésorier de France n'émancipait pas.

Plusieurs auteurs avaient voulu accorder la même faveur aux magistrats des Cours souveraines, mais leur avis ne prévalut pas dans le Midi, parce qu'ils ne pouvaient invoquer aucun texte romain : le président Bouhier nous montre les premiers magistrats des Parlements soumis au sénatus-consulte Macédonien et incapables d'emprunter la moindre somme sans l'assentiment de leur père. Mais l'opinion contraire avait fini par triompher dans les pays coutumiers; les Coutumes de Reims et de Bourbonnais déclaraient que l'émancipation résultait pour le fils de toute promotion à un état honorable, à une fonction publique religieuse ou séculière. Guy Coquille établit que telle était la commune pratique du royaume. Mais dans son *Institution au droit français*, il a bien soin d'ajouter : « Les enfants mariés....., ne sont réputés émancipés. Bourbonnais, art. 166, dit de même des enfants prêtres; mais soit noté qu'ils ne doivent être prêtres avant vingt-cinq ans. »

III. Mariage. — A Rome, le mariage de l'enfant n'eut jamais pour effet de le libérer de la puissance paternelle, et cette règle subsista dans la plupart des provinces de droit écrit. Mais le principe de l'émancipation de plein droit des époux emprunté aux usages celtiques et aux lois franques

s'était conservé de tout temps dans plusieurs provinces. Il était admis d'une manière absolue dans les pays de droit écrit qui ressortissaient au Parlement de Paris, en Bourgogne, dans les villes de Montpellier et de Toulouse en vertu de leurs chartes municipales, et généralement dans tous les pays coutumiers. « Feu et lieu font mancipation, dit Loysel, et enfant mariés sont tenus pour hors de pain et pot, c'est-à dire émancipés. » Le mariage affranchit aussi de la tutelle dans beaucoup de Coutumes, notamment dans la Coutume de Paris (art. 239); il en fut de même bientôt dans les pays de droit écrit. Il était en effet naturel que le mineur considéré par ses parents comme capable de devenir chef de famille et de gouverner son ménage fût à plus forte raison regardé comme capable d'administrer ses biens et toucher ses revenus.

Dans les pays où il émancipe, le mariage émancipe de plein droit et irrévocablement. « Le mariage, dit Meslé, fait cesser la tutelle d'une façon aussi parfaite que les lettres du prince, puisque quand le mariage vient à se dissoudre par la mort d'un des conjoints, le survivant reste toujours émancipé. » Cependant la question avait été discutée et certains auteurs se fondant sur le droit romain avaient soutenu que l'émancipé qui devenait veuf retombait en puissance; mais leur avis ne prévalut pas.

La maxime coutumière suivant laquelle le mariage émancipait souffrait encore quelques difficultés dans le cours du XIV^e^ siècle; il résulte en effet de certains actes que le fils a besoin de l'autorisation du père pour s'obliger. Il est vraisemblable que l'émancipation ne résultait du mariage que dans le cas où le fils de famille prenait un domicile séparé. D'ailleurs il arrivait souvent que dans un contrat de mariage, on stipulait une sorte d'association entre les futurs et leurs ascendants; dans cette situation, l'obligation de restituer les deniers de la dot de la jeune femme ne pouvait être contractée par le mari que du consentement de son père qui s'y

obligeait en même temps. La conséquence rigoureuse de la règle suivant laquelle le mariage emportait émancipation eût été que l'enfant marié établi hors du domicile paternel fût considéré comme étranger à la famille et ne pût réclamer aucun droit à la succession de ses ascendants. On appliquait ce principe aux filles dotées de père et de mère, lorsqu'elles avaient des frères ; si, au contraire, la famille ne se composait que de filles, elles venaient toutes au partage de la succession de leurs ascendants, à la charge toutefois de rapporter ce qu'elles avaient reçu en mariage.

Bien que le père ne puisse, en principe, être forcé d'émanciper son enfant, il y a des cas où dans les pays où le mariage émancipe, les ordonnances permettent aux enfants ayant atteint un certain âge de se marier malgré leur père, sans pour cela s'exposer à l'exhérédation.

Il restait cependant entre les coutumes de nombreuses divergences relativement à l'étendue et aux effets de cette émancipation tacite. Ainsi, dans le ressort du Parlement de Besançon, le mariage n'émancipait pas les enfants mâles ; il n'avait cet effet qu'à l'égard des filles, parce qu'il les faisait passer sous la puissance de leur époux. Encore ce bénéfice n'était-il pas accordé aux filles de la ville de Besançon qui ne suivait pas la Coutume de Franche-Comté mais uniquement les lois romaines.

L'art. CLXXXI (anciennne Coutume, art. 160), de la Coutume d'Orléans dit : « Quand enfants ayant père ou mère sont mariés ils sont hors de puissance et garde de leur père et mère soit nobles, ou non nobles ; et sont réputés usant de leurs droits pour avoir l'administration de leurs biens et non pour vendre, engager ou aliéner leurs immeubles pendant leur minorité. »

La Coutume de Poitou (art. 312 et 313), déclare que toutes les filles sont émancipées de plein droit par le mariage. Pour les fils mineurs, elle distingue : le fils noble marié reste soumis à la puissance de son père même après

son mariage et n'en peut être libéré que par une émancipation expresse. Quant aux nobles, par mariage la puissance paternelle ne cesse s'il n'y a expresse émancipation. Le fils roturier n'est émancipé qu'après l'an et jour. La Coutume de Bretagne (art. 527), restreignait les effets de l'émancipation par mariage; elle donnait seulement à l'émancipé le droit de jouir de ses biens et le laissait pour tous autres actes sous l'autorité paternelle.

Après avoir relaté ces Coutumes, Guy Coquille ajoute : « A tout ce que dessus je voudrais faire l'imitation pourveu « que le masle fust en pleine puberté. » Remarque dont l'exactitude est trop évidente pour nous arrêter.

Enfin la coutume de Saintonge (art. 2), subordonnait l'émancipation à deux conditions : la première que l'époux noble fût âgé de vingt et un ans et l'époux roturier de vingt-cinq ans; la seconde, qu'il se tienne hors de son père et basse son train et négociation pour lui. Plusieurs auteurs s'appuyant sur l'autorité de Dumoulin, prétendaient que cette dernière condition devait être sous-entendue dans toutes les Coutumes et voulaient en faire le droit commun des pays coutumiers qui avaient conservé la *patria potestas*. Mais ce système était inadmissible; car il eût rendu à peu près inutiles toutes les dispositions sur l'émancipation par mariage, l'habitation séparée suffisant à produire ce résultat, et il violait le texte des Coutumes en confondant en une seule deux facultés qu'elles distinguaient formellement.

IV. Age. — L'émancipation tacite par l'âge n'était pas une règle générale. Le principe romain qui déclare que le père ne peut être forcé d'émanciper ses enfants quel que soit leur âge, avait été conservé dans tous les pays de droit écrit. « On voit, dit Argou, des hommes de soixante ans qui sont encore en la puissance de leurs pères et ne sont pas libres d'emprunter la moindre somme sans leur consentement. »

Parmi les Coutumes qui avaient adopté la puissance paternelle romaine, celles de Douai, de Lille et de Bourgogne

avaient, après quelques controverses, consacré ce principe rigoureux. « La pratique de l'émancipation, dit le président Bouhier, justifie pleinement que la puissance des pères est parmi nous toute autre chose que cette révérence paternelle dont les liens nous sont communs avec toutes les nations et dont les devoirs sont puisés dans la loi naturelle. Car il n'y a aucune émancipation qui puisse affranchir les enfants de cette révérence, puisque les lois établies par la nature sont éternelles et immuables [1]. » Mais tel n'était pas le droit commun, et la plupart des Coutumes faisaient cesser la puissance paternelle dès que le fils de famille avait atteint un certain âge. Les auteurs posaient en principe que l'enfant devait être émancipé tacitement dès qu'il avait atteint vingt-cinq ans; les Coutumes de Berry, d'Angoumois et autres le décidaient formellement. Celles de Bourbonnais, Sedan, Reims, Châlons, Metz et Montargis faisaient même cesser la puissance paternelle dès que l'enfant avait vingt ans ; mais elles ne lui donnaient le droit d'aliéner ses immeubles que quand il avait atteint sa majorité, c'est-à-dire vingt-cinq ans. La Coutume d'Amiens (art. 135 et 136), déclarait l'enfant émancipé de plein droit dès qu'il avait vingt ans accomplis ; il prenait alors l'administration de ses biens sans aucune formalité préalable. De même, les Coutumes de Ponthieu et d'Artois avaient fixé l'émancipation légale à quatorze ans accomplis pour les garçons et onze ans pour les filles. Dans la Coutume de Bretagne, la tutelle finissait par la puberté, c'est-à-dire à douze ou quatorze ans. On nommait un curateur au mineur pour administrer ses biens (art. 515 et 516). Mais à dix-sept ans il pouvait avoir la libre administration et garde de ses biens par autorité de justice et avis de parents sans avoir besoin d'un curateur (art. 493). L'édit des tutelles (de 1792, art. 33 et 34), abrogea ces dispositions et ordonna que la tutelle durerait jusqu'à vingt-cinq ans, sauf aux mineurs à se faire émanciper à l'âge de dix-sept ans.

[1] Cout. Bourg, I, p. 180.

Les coutmes d'Anjou (art. 444) et du Maine (art. 455), consacraient un régime spécial : à vingt ans l'enfant prenait l'administration de ses biens et pouvait disposer même de ses immeubles. Il n'y avait pas là cependant une majorité complète, comme en Normandie, mais seulement une émancipation donnant des droits plus étendus que dans les autres Coutumes. Ainsi, à vingt ans, le mineur pouvait aliéner et hypothéquer tous ses biens sans être assisté d'un curateur ; mais Dumoulin décidait que tous les actes de disposition de ses immeubles pouvaient être rescindés pour lésion, quelque minime qu'elle fût, tant que le disposant n'avait pas vingt-cinq ans.

CHAPITRE III

Effets de l'émancipation.

L'émancipation produit deux sortes d'effets : effets relativement à la personne, d'après lesquels l'enfant affranchi de la puissance paternelle ou de la tutelle est maître de se gouverner lui-même ; effets relativement aux biens, d'après lesquels l'émancipé en a la libre administration. Nous allons les étudier successivement.

SECTION I

EFFETS RELATIFS A LA PERSONNE.

A. Dans les pays qui ont la *patria potestas*, l'émancipation a pour résultat d'en délivrer l'enfant et de le rendre capable de tous les actes de la vie civile, sans avoir besoin de l'autorisation paternelle. L'émancipé cesse donc d'être sous la garde de son père, il peut se choisir un domicile propre et devient maître de sa fortune et de ses actions. Cependant

l'enfant n'a l'exercice de ses nouveaux droits qu'autant qu'il a atteint sa majorité lors de son émancipation; s'il est encore mineur, il entre sous la tutelle ou sous la curatelle de son père jusqu'à vingt-cinq ans. En outre, certains attributs de l'autorité paternelle survivent à l'émancipation; ainsi l'enfant continue de devoir à son père des aliments; il doit obtenir son consentement lorsqu'il veut se marier avant vingt-cinq ou trente ans selon son sexe, ou au moins lui demander conseil après cet âge [1].

B. Enfin le père en émancipant son fils conserve, comme à Rome, l'usufruit de la moitié des biens adventices à moins que l'émancipation ne lui ait été imposée par le juge. Denizart dit qu'il ne peut y renoncer au préjudice de ses créanciers, car il y a là une réserve légale établie en sa faveur; mais la question était discutée. L'usufruit du père porte sur tous les biens échus au fils avant son émancipation, mais que décider pour les biens maternels qui lui arrivent depuis? Le Code le donne au père; mais il semble d'autre part qu'un père ne peut acquérir aucun droit du chef d'une personne libre, comme est l'émancipé; aussi les auteurs étaient-ils partagés. Accurse distingue entre les biens provenant de la succession maternelle et les autres biens adventices. Dunod dont l'avis était généralement admis, suit à cet égard le texte du Code; il nous dit que l'usufruit est ici accordé au père pour le consoler de la perte de sa femme.

C. L'émancipation ne faisait pas seulement cesser la tutelle; elle mettait aussi fin à la garde noble qui appartenait au survivant des père et mère sur leurs fils âgés de moins de vingt ans et leurs filles âgées de moins de quinze ans, et à la garde bourgeoise qui durait jusqu'à quatorze ans pour les fils et douze ans pour les filles.

[1] Édit contre les mariages clandestins (art. 5), février 1556.

SECTION II.

EFFETS RELATIFS AUX BIENS

Sous cette rubrique, nous nous occuperons successivement de la curatelle et de la capacité du mineur émancipé dans l'ancien Droit français.

§ I. — *De la curatelle.*

L'émancipation ne donnait pas au mineur une capacité complète, l'émancipé ne pouvant pas faire seul les actes de disposition les plus importants. C'était pour l'assister dans ces cas exceptionnels qu'on lui nommait un curateur.

A. Les lettres d'émancipation donnant toujours lieu à une assemblée de parents, il était d'usage que cette assemblée choisît en même temps le curateur ; la sentence du juge qui homologuait les lettres entérinait aussi l'acte de nomination. Dans tous les cas, c'était au conseil de famille à choisir le curateur et à le présenter au juge du domicile du mineur. Cependant Denizart affirme que par souvenir de la règle romaine : *inviti adolescentes curatores non accipiunt*, l'émancipé avait dans les pays de droit écrit la faculté de choisir lui-même son curateur. En principe, la curatelle était donc toujours dative et les ascendants à qui était déférée la garde noble ou bourgeoise de leurs enfants n'étaient cependant curateurs qu'autant qu'ils avaient été nommés expressément. On n'admettait d'exception qu'en faveur du mari qui était le curateur légitime de sa femme mineure. Le curateur devait se présenter devant le juge dont il tenait ses pouvoirs, et prêter serment de bien et fidèlement gérer la charge qui lui était confiée. Il devait en outre faire insinuer l'acte de nomination au domicile de l'émancipé, et c'est de ce jour seulement qu'il devenait capable d'exercer ses fonctions.

B. Comme la tutelle, la curatelle était de droit public. Les

causes d'excuses et les règles de dévolution de la tutelle lui étaient donc applicables ; ainsi elle était déférée ordinairement au plus proche parent du mineur, parce qu'il a le plus d'espérance de lui succéder, et presque toujours on en chargeait l'ancien tuteur ou le père de l'émancipé. Parmi les femmes, la mère et l'aïeule pouvaient seules être appelées à la curatelle de leurs descendants ; mais elles la perdaient en se remariant.

C. Les attributions du curateur ont varié avec les époques ; mais elles ont toujours été dominées par ce principe que le curateur n'a aucun pouvoir sur la personne de l'émancipé et qu'il n'est donné qu'aux biens. Pothier nous dit qu'en cas de tutelle ou curatelle l'émancipation donnait au mineur l'administration complète de ses biens. A l'origine, le curateur n'avait pour mission que d'assister le mineur en justice ; d'où son nom de curateur aux causes, *ad lites*. L'aliénation volontaire de ses immeubles n'était pas absolument défendue à l'émancipé, et il pouvait obtenir du juge, sur l'avis des parents, l'autorisation de vendre ses biens immobiliers. Le rachat d'une rente foncière, dit M. Chambellan, était le cas d'aliénation le plus fréquent. Le débit rentier pouvait se libérer, et en le faisant, il éteignait le droit réel immobilier qu'avait le mineur pour le remplacer par un capital mobilier. Le mineur recevait un curateur pour cette aliénation nécessaire. Primitivement, donc, quand le mineur émancipé voulait aliéner ses immeubles il devait se faire nommer un curateur à l'effet de l'autoriser. Mais on abandonna bientôt cette complication inutile. Pothier nous dit que l'usage s'établit de préposer le curateur, par l'acte même qui le nommait, afin d'assister l'émancipé dans toutes les aliénations de ses immeubles. Il devint ainsi tuteur aux actions immobilières, et comme l'acte d'émancipation pouvait restreindre davantage la capacité de l'émancipé, il pouvait se trouver muni de pouvoirs divers, comme nous le verrons en parlant de la capacité de l'émancipé.

Dans les pays de droit écrit, l'enfant sorti de tutelle à douze ou quatorze ans, selon son sexe, acquit seulement la faculté de tester et continua pour tous les autres actes à recevoir un curateur comptable jusqu'à sa majorité ; ce fut même, d'après Jean Desmares, le droit primitif de toute la France. Le tuteur devait en sortant de charge faire nommer un curateur. Mais ce devint une formalité inutile ; dans les coutumes qui fixent la majorité à vingt-cinq ans, la tutelle durant jusqu'à cette époque, il n'y avait pas de curatelle ; cette disposition finit par devenir générale et fut aussi adoptée dans le Midi ; le tuteur nommé au pupille conserva ses pouvoirs jusqu'à ce que celui-ci eût atteint vingt-cinq ans. Dumoulin ne faisait aucune différence entre la tutelle et la curatelle, et il disait que la tutelle dure et persiste jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Loysel avec plus d'exactitude disait : « Tuteur et curateur n'est qu'un [1]. » C'est ce que dit encore plus explicitement la coutume du Nivernais : « Les tuteurs testamentaires, légitimes ou datifs, décrétés par justice, après ladite tutelle finie et la puberté advenue desdits mineurs demeurent curateurs d'iceux mineurs jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans parfaits [2]. »

§ II. — *Capacité du mineur émancipé.*

A. L'émancipation avait pour principal effet de donner au mineur la libre administration de ses biens. Désormais les biens qu'il acquiert ne profitent qu'à lui et non plus à son père, les diverses incapacités relatives à son droit de disposition cessent. Il a vis à vis de son père une personnalité propre, les donations entre-vifs sont maintenant permises entre eux comme toutes autres obligations civiles. Il est maître de sa fortune mobilière et peut en disposer par donation à cause de mort ou testament ; il peut faire seul des

[1] *Inst., Cout.*, I, t IV, § 5.
[2] Cout., Nivernais, t. XXX, art. 8.

baux et n'est dans ce cas restituable que pour dol ou lésion énorme accompagnée d'un certain dol de la part du fermier ou du locataire. Il reçoit seul ses revenus échus, en donne décharge et en fait transport ; il peut aussi recevoir un capital mobilier et en donner décharge, sauf pour le reliquat de son compte de tutelle ; louer une maison pour l'habiter. Il a le droit de s'engager par promesse ou obligation, pourvu que l'engagement n'excède pas ses revenus, sans quoi il serait restituable *in integrum*. Il serait également restituable s'il avait contracté plusieurs engagements indiquant la dissipation ; les créanciers ne pourraient même pas éviter la restitution en offrant de se contenter du mobilier et des revenus échus, parce que l'émancipé a de prime abord excédé les bornes de sa capacité. Le mineur ne peut disposer de ses revenus à échoir à peine d'être restitué *in integrum*, ni recevoir le reliquat de son compte de tutelle sans un curateur ou un tuteur *ad hoc*, suivant l'usage. « Les enfants sont restituables contre de tels engagements ; ils ne peuvent contracter des engagements au delà de leurs revenus ni faire des transports de leurs revenus à échoir, » dit un Arrêt du 19 avril 1717, rapporté au VI[e] tome du *Journal des Audiences*. Un tuteur *ad hoc* est encore nécessaire pour recevoir le remboursement d'une rente constituée, puisqu'il s'agit d'un immeuble, accepter ou répudier une succession, même mobilière, une universalité de meubles étant immeuble. L'émancipé peut emprunter s'il a d'ailleurs l'âge requis. Dans la Coutume de Poitou, il y avait divergence entre les auteurs relativement à la capacité d'un mineur non marié émancipé expressément ; suivant les uns il est alors maître de ses droits sans avoir besoin des lettres du prince ; suivant les autres ces lettres lui sont nécessaires pour administrer ses biens. Il arrive souvent qu'un père n'émancipe son fils que pour l'habiliter à disposer en sa faveur au préjudice de ses réservataires ; on n'annulera néanmoins les dispositions ainsi faites par le fils que si la suggestion est bien prouvée.

B. Malgré tout cela la capacité de l'émancipé était loin d'être complète ; les deux principales restrictions qu'y mettaient les lois étaient relatives au droit d'agir en justice et à l'aliénation des immeubles.

1° L'émancipé ne pouvait jamais ester seul en justice, ni comme demandeur, ni comme défendeur, excepté au criminel. Dans tous les procès civils concernant son état et sa fortune mobilière ou immobilière, il devait être assisté de son curateur. La Coutume de Paris faisait une exception à cette règle en permettant au mineur émancipé par mariage de plaider seul dans les actions mobilières ou concernant l'administration. Mais Renusson dit : « Les mineurs mariés ne peuvent pas non plus ester seuls en jugement sans être assistés d'un curateur aux causes. Ils ont aussi besoin d'un curateur dans les causes qui concernent la propriété de leurs immeubles. » (*Traité de la Communauté*, l. V, n° 8.) Lors donc qu'on assignait un émancipé il fallait aussi assigner le curateur pour qu'il prêtât son assistance. Mais le rôle de celui-ci se réduisant à assister le mineur, tous les actes de procédure doivent être faits au nom du mineur comme autorisé de son curateur ; c'est à lui-même, non au curateur, que les significations de la partie adverse doivent être adressées.

2° L'émancipé n'avait pas non plus le droit d'aliéner ou hypothéquer seul ses immeubles. « Quoique les nègres soient meubles, néanmoins les mineurs émancipés ne peuvent aliéner ceux qui servent à l'exploitation des habitations qu'ils ont dans les colonies. » (Déclaration du 14 juillet 1673, art. 11.) Pour accomplir ces divers actes, il devait être assisté de son curateur, avoir en outre pris l'avis de ses proches parents, et obtenu du juge un décret qui autorisât l'aliénation.

La capacité de l'émancipé subissait encore d'autres restrictions admises dans certaines coutumes ou consacrées par une ancienne jurisprudence. Ainsi la Coutume de Bretagne défendait aux mineurs émancipés par mariage de constituer rentes ou hypothèques, vendre ou arracher grands bois, ni

prendre avance pour plus d'un an sur leurs revenus. (Art. 527.) D'autre part, Pothier dit que la sentence d'entérinement apportait souvent des restrictions au droit pour l'émancipé de disposer seul de ses meubles. Elle décidait, par exemple, que les sommes provenant du compte rendu par le tuteur et le mobilier à échoir par succession à l'émancipé seraient remises entre les mains du curateur pour être par lui employées en acquisition d'immeubles ou de rentes. Argou soutient de même que les débiteurs des émancipés ne peuvent pas leur payer valablement le capital de leurs créances ni leur rembourser une rente sans le consentement du curateur.

Quand un de ces actes avait eu lieu sans qu'on eût observé les formalités exigées par la loi ou les coutumes, le mineur pouvait demander des lettres de rescision en prouvant que le contrat en question lui portait préjudice, et il le faisait annuler en justice pour cause de lésion. Cette faculté appartenait même au mari mineur qui avait autorisé sa femme majeure à aliéner ses propres. « Un mari mineur, dit Loysel, fait autoriser sa femme majeure, sans qu'elle s'en puisse faire relever, mais bien lui. » Le droit aurait appartenu aux deux époux si la femme eût été aussi mineure ; car, alors le mari ne pouvait l'assister que pour les actes de pure administration, et il lui fallait un curateur spécial pour tous les actes de disposition.

En outre, Domat reconnaissait au mineur émancipé qui avait aliéné ses immeubles le droit de demander la nullité de la vente sans être obligé de prouver la lésion ; et, comme l'émancipé était toujours mineur, les anciens auteurs lui accordaient l'action en rescision contre tous les actes qui pouvaient lui préjudicier. Mais cette faveur excessive qui eût pu tourner contre le mineur en empêchant les tiers de contracter avec lui, avait subi une restriction. Pothier rapporte que de son temps la jurisprudence n'accordait plus l'action en rescision pour lésion, lorsqu'il s'agissait des actes de pure

administration de l'émancipé, tels que baux ordinaires, ventes ou achats de meubles. Ce fut là le dernier état du droit.

CHAPITRE IV

§ I. — *Révocation de l'émancipation.*

Bien qu'elle fût en principe irrévocable, avons-nous dit, l'émancipation pouvait cependant cesser d'avoir effet, pour des causes exceptionnelles. L'émancipé pouvait d'abord être remis en tutelle par voie d'appel de la sentence d'émancipation, lorsqu'un arrrêt du juge supérieur infirmait le jugement d'entérinement des lettres de bénéfice d'âge. Il en était de même au cas où il était interdit. Enfin si le mineur administrait mal son patrimoine, avait une mauvaise conduite, se rendait coupable d'ingratitude, le juge pouvait après un avis de parents lui ôter l'administration de ses biens et la confier à un curateur qui devenait désormais comptable de sa gestion. Notre ancienne jurisprudence n'avait d'ailleurs pas à cet égard de règles bien déterminées ; une grande latitude d'appréciation était laissée aux magistrats.

§ II. — *L'émancipation dans la Coutume du Berry.*

I. La puissance paternelle, dit Thaumas de la Thaumassière, a parfaitement lieu : elle n'est pas imaginaire. Notre coutume suit l'avis de Papon, d'Argentré, d'Imbert, Bodin, Ricard, contraire à celui d'Accurse et de Coquille. C'est ce qui a fait dire à Baro, professeur de notre Université (*Ad. tit. Inst., de Patr. pot.*) : « *Quod Accursius notat apud Francos patriam potestatem non observari, arguit mores nostros eum ignorasse.* » *Paterna potestas in pietate, non in atrocitate consistit.* Notre Coutume est conforme à la raison natu-

relle qui établit la puissance des pères sur les enfants, différente de celle des Romains et des Gaulois, « car le Christianisme et nos mœurs répugnent à ces abominables maximes. La puissance paternelle se reconnaît seulement au consentement et à l'authorité que les pères doivent prêter à leurs enfants pour la validité des contrats dans lesquels ils parlent, et des actes de dernière volonté qu'ils font. »

II. « Par trois moyens, dit Mauduit (*Nouveau commentaire sur la Coustume du pays et duché de Berry*, *MDCXXIII*), le fils sort de la puissance du père : par le mariage, l'âge de vingt-cinq ans, et par l'émancipation. »

A. « Les enfants mariez, biens qu'ils soient mineurs dessous l'âge de vingt-cinq ans et aussi les majeurs de vingt-cinq ans indifféremment sont reputez par la Coustume du pays et duché de Berry, absous et délivrez de la puissance paternelle, et peuvent ester en jugement, et agir, disposer et contracter comme enfants vrayement émancipez par la Coustume, et délivrez de la puissance paternelle. » (*Coutumes*, t. I, art. 3, ancienne de Bourges, 2 et 3 ; d'Issoudun, art. 2.)

« Donc, dit la Thaumassière, le mariage contracté par le fils de famille selon la police de l'Église, les lois du royaume, et du consentement des pères les met hors de la puissance paternelle et vaut l'émancipation. Ainsi le proverbe rural dit : « Mort et mariage dépèce tout liage. » Les enfants émancipés ainsi n'ont pas besoin de curateur. « Par ainsi, dit Gabriel Labbé (*Coutume générale de Bourges*, Bourges, 1579) ne leur est besoing d'être auctorisez par leurs pères, ne mesmes par aucun curateur, encore qu'ilz soient mineurs de vingt-cinq ans. Attendu que la coustume n'en exprime rien, et si elle l'eust requis elle en eust faict mention expresse. Joint qu'elle ne requiert auctorité de curateur en acte des enfans mariez mineurs de vingt-cinq ans, qu'en ung cas, qui est, quand il est question de l'aliénation de leurs immeubles, en quoy faisant elle exclust tous autres cas. »

A propos de l'émancipation par mariage, la coutume de

Lorris (art. 2, chap. VII) dit : « Par ledit mariage, ils sont hors de la puissance de leurs pères, » « à moins, ajoutent les commentateurs, qu'il n'y eût pas habitation séparée. Ragueau sur Berry est de contraire sentiment et avec raison, car le mariage émancipe à cause de la dignité du sacrement qui ne peut être altérée quoyque le fils demeure en la maison du père. »

B. « Le second moyen est l'aage de vingt-cinq ans, aage de majorité requise pour être jugé. Cest aage est requis pour être Conseiller en parlement et au présidial par les ordonnances. » (Mauduit.) Boërius, sur l'ancienne coutume de Bourges dit : « *In illa enim ætate præsumitur sapiens.* » (Cout. de Lorris, art. 1, ch. VII). « Le temps de vingt-cinq ans, dit Mauduit, doit être considéré *de momento ad momentum*, en telle sorte que les deux jours du bissexte ne sont qu'un jour. » « Il est inutile, ajoute La Thaumassière, de demander si par la magistrature les enfants sortent de la puissance de leurs parents, puisque Baro dit : « *Mores nostri non fecerunt ut minores annis viginti quinque ad superiores dignitates evehantur.* » Mais comme souvent l'ambition des pères élève les enfants aux dignitez avant cet âge, les enfants sont censez émancipez quand ils exercent à part négociation, état et charge publique au veu et sçu de leurs pères ; ce qu'il faut restreindre à la faculté de négocier, d'estre en jugement et autres actes permis aux enfans émancipez, car quoique les enfans exercent négociation publique, ils ne peuvent faire testament s'ils ne sont expressément émancipez. Le fils de famille promeu au sacerdoce avant l'aage de vingt-cinq ans n'est pas émancipé ; non plus celui qui entre en religion sans la permission de son père, et au contraire son père le peut tirer et vendiquer. » (Cujas, Fevret.)

C. Enfin les enfants sont délivrés de la puissance paternelle par une émancipation directe. G. Thaumas de la Thaumassière (*Nouveaux commentaires sur les coutumes générales des pays et duché de Berry*, t. I, art. 5, MDCCI) : « Et peut

le père émanciper son enfant présent ou absent en quelque âge qu'il soit, et n'est requise par ladite Coutume la solennité de droit en l'émancipation des enfants qui sont de l'âge de sept ans ou au-dessus pourvu que la cause pour laquelle on fera ladite émancipation soit au profit des enfants. » Il n'eut donc pas besoin des formalités du droit romain : « L'article 5 de ce titre abolit cette imaginaire et inutile solennité » (Mauduit). L'émancipation peut se faire par un seul acte. « Et cette pratique a été reçue quoique contraire aux règles de droit, et en Berry on ne peut dire que l'émancipation est inutile sous prétexte qu'il n'y a pas de puissance paternelle : l'émancipation est nécessaire pour rendre l'enfant capable d'accepter une donation (*des Donations*, art. 5) pour que le fils de famille puisse tester (art. 2, *des Testaments*) et pour lui donner la liberté d'agir et d'estre en jugement : et ainsi en cette Coutume il est assez difficile que l'émancipation ne soit au profit des enfants. » « Et elle se peut faire pour une fin particulière seullement. Les termes *sans solennité de droit* ont été apposés par nos rédacteurs en conformité de l'erreur des anciens interprètes qui ont soutenu qu'il fallait lettres du prince pour valider l'émancipation d'un mineur de sept ans et au-dessous ; n'ayant pas pris garde que la loi *Jubemus* qui est le fondement de leur opinion en laquelle il est dit que le père peut émanciper son fils mineur de sept ans, en obtenant rescrit du prince, est une loi de l'empereur Anastase abrogée par Justinien. » Ici le commentateur cite l'émancipation par déclaration judiciaire de Pierre Bery, fils de Jean et Marie Pâquier au bailliage d'Issoudun, rapportée dans les Mémoires de Jacques Cougny, avocat à Issoudun.

1° Voici d'après Ragueau (art. 5) comment se faisait l'émancipation : « et suffit que le père expose au juge ordinaire qu'il veut et entend mettre son fils hors de sa puissance et qu'il requière le juge de déclarer son fils estre délivré de la puissance paternelle de son consentement, et de lui en

expédier acte public ; et ont les pères coutume de déclarer par le même acte qu'ils entendent accepter et retenir la garde et légitime administration de leurs enfants, afin de ne perdre les fruits de leurs héritages ; et ainsi le père fait les fruits siens jusqu'à ce que les masles soient aagés de dix-huit ans et les files de quatorze (art. 22). La Thaumassière, dans ses *Maximes du Droit coutumier*, pour faciliter l'explication et réformation de la Coutume de Berry, dit : La légitime tutelle est toujours censée réservée au père par l'émancipation, quoique l'acte n'en fasse aucune mention (t. I, art. 6).

Mauduit s'exprime ainsi : « Le père peut émanciper, en quelque lieu que ce soit, par-devant toutefois juge compétent. Suffit simplement et sans autre solennité que le père déclare par-devant juge compétent et du lieu, ayant basse juridiction et moyenne, qu'il met hors de sa puissance et émancipe son fils et consent et requiert que telle chose soit auctorisée par ledict juge et enregistrée en son greffe : ce que le juge doit octroyer. »

L'émancipation se faisait donc en jugement : elle pouvait aussi se faire par-devant notaire (Cout. de Lorris, t. VII, art. 8, Ruë d'Indre, art. 30. Voir aussi La Thaumassière, *Centurie de questions*, ch. III, 1re centurie). Une sentence du prévôt de Bourges du 3 décembre 1669, avait décidé que l'émancipation ne résultait pas d'un contrat de donation déclarant une fille émancipée; que cette énonciation n'était suffisante si l'acte d'émancipation n'était rapporté et s'il n'était fait en justice, suivant l'avis de Labbé sur l'art. 5, *in verbo presens et absens* (t. I). Cette sentence fut infirmée par appel au bailliage le 18 août 1670, et cette dernière sentence confirmée par arrêt contradictoire du 29 mai 1671 où la cour disait : que l'émancipation faite en présence du notaire par un contrat de donation par ces seuls termes « de lui à cette fin émancipée » ne pouvait être contestée. (*Décisions sur les coutumes du Berry*, par G. Thaumas de la Thaumassière, MDCCXLIV).

2° Un père ne peut être contraint d'émanciper ses enfants « Une fille âgée de dix-huit ans voulant faire profession religieuse, désire avant sa profession faire son testament; mais comme elle n'était pas émancipée, elle prie son père de la mettre hors de sa puissance : il le refuse; on demande s'il peut y être contraint. La raison de douter est que le mari peut être contraint d'autoriser sa femme, à son refus elle peut être autorisée par le juge. J'ai néanmoins répondu le 24 décembre 1661 que le père n'y pouvait être contraint; je me fondais sur les termes de cet article (art. 5), qui dit que le père peut émanciper son enfant : d'où il suit que la loy a laissé à l'arbitrage du père de le faire ou de ne le pas faire, mais quand la coutume n'en parlerait pas, ce serait un cas obmis qui doit être suppléé par la disposition du droit commun, ce qu'a remarqué le docteur Baro, lequel a assés adroitement marié le droit romain avec la pratique françoise; et il y a bien de la différence entre l'autorité du mari et la puissance paternelle; celle-là n'est introduite que par la loy civile qui veut que si sans sujet le mari refuse son autorité, le juge interpose son affaire : mais la puissance paternelle est autorisée par les loyx naturelles et civiles qui ne permettent pas au fils de sortir de la puissance de son père que par une manumission volontaire, par un mariage solennel, ou par l'âge de vingt-cinq ans. Pour ces raisons, je donnai avis aux religieuses qui me consultaient de différer la profession de leur novice jusqu'après l'âge de vingt-cinq ans, vû le réfus fait par le père de l'émanciper, à quoi il ne pouvait être contraint. » (*Décisions*, chap. VI.)

Mais le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire puisque le père peut émanciper son enfant en quelque âge qu'il soit, et avant qu'il soit en état de consentir. « En quoi cette coutume est contraire au droit. » (La Thaumassière).

III. Voici maintenant les effets de l'émancipation : « Ils (les émancipés) sont pères de famille et sont à leurs droits; ils ont la faculté d'estre en jugement, agir, disposer et con-

tracter; le mineur peut contracter sur son meuble, faire le bail de ses héritages, disposer de ses fruits et faire testament; mais il ne lui est pas permis, s'il est mineur de vingt-cinq ans, d'aliéner ses héritages sans authorité de curateur et décret de juge; et si en autres contractz était déceu et circonvenu par sa facilité, notablement, pourra demander restitution en entier. » (Art. 4.)

« Encore que le mariage émancipe la fille mineure de vingt ans et qu'elle ne retombe point en la puissance de son père par sa viduité et qu'elle demeure maîtresse de ses droits, néanmoins elle ne peut convoler en secondes noces sans le consentement de son père, parce que son mariage n'ôte pas le respect qu'elle doit à son père par les loix divines et humaines. Et il est bien juste que la fille qui a été pourvue par les soins de son père qui lui a constitué dot ne passe pas en secondes nopces sans son consentement; et si elle se remarie sans le consentement de son père durant sa minorité, il la peut déshériter. » (Chenu, Brodeau, Louet, Robert.)

« Les enfants émancipés ne peuvent tester s'ils n'ont l'âge préfix par l'art. 1, tit. XVIII, c'est-à-dire l'âge de dix-huit ans.

« Ragueau estime que les mineurs de vingt-cinq ans mariés ne peuvent ester en jugement sans l'authorité du curateur (suivant les art. 14, 25 et 41), mais je tiens la contraire opinion plus véritable, puisque cet article leur donne la faculté d'estre en jugement, les met à leurs droits, et leur permet tous actes comme aux majeurs de vingt-cinq ans; sauf l'aliénation de leurs immeubles. Les articles 14, 25 et 41 ne parlent pas des personnes mariées : et l'on peut confirmer cette résolution par l'article 6 qui permet au fils de famille marchand d'ester en jugement. »

Enfin l'émancipation ne donne pas le droit d'aliéner. « Toutefois s'ils sont mineurs de vingt-cinq ans, bien qu'ils soient délivrés de la puissance paternelle, ne pourront aliéner leurs

biens immeubles sans authorité de curateur et décret de juge. (art. 4.) » Et la coutume n'émancipe les enfants mariés que pour les rendre capables du maniement de leurs biens, pour les sortir de la puissance de leurs pères, mais non pour leur donner la faculté d'aliéner leurs immeubles, ni pour les priver du bénéfice de restitution en entier que le droit commun leur accorde. « A l'exemple de ceux qui ont obtenu le bénéfice d'âge, tu saches que encore ayent-ils pardon d'âge, n'ont-ils plénière pooste de leur héritage, comme parle P. de Fontaine dans son livre à la Reine Blanche. »

« La seule authorité du curateur ne suffit pas pour l'aliénation de l'immeuble du mineur, et le décret du juge y est nécessaire, et outre ce la discussion des meubles, si ce n'est que le père eût ordonné par son testament que l'immeuble du mineur fût aliéné. *Voluntas enim testatoris excusat a discussione mobilium.* (Louet.) Mais la simple volonté du testateur ne peut valider l'aliénation de l'immeuble du mineur, sans les formalités et solennités requises. Pour valider la vente des héritages de mineurs, étaient autrefois requises les formes et solennités publiques de la saisie réelle, criées, établissement de commissaire, suivies d'une vente et adjudication par décret. (Chenu.) Les ventes volontairement faites par les tuteurs ou par licitation étaient déclarées nulles, bien qu'elles eussent été faites par avis de parents, homologuées par le juge, après affiches, publications et proclamations ; et nonobstant ce, le mineur pouvait rentrer en son héritage comme n'ayant pu être vendu que par décret. Mais depuis la jurisprudence a changé, et les derniers arrêts ont approuvé la vente de l'immeuble des mineurs faite par le tuteur avec avis de parents, authorisé par le juge, après publications, affiches et enchères faites en justice après lesquelles l'héritage peut être adjugé par le juge au plus haut metteur et enchérisseur pourvu que la cause de la vente soit nécessaire, comme pour acquittement de dettes et payement de legs faits par celui auquel le mineur a succédé ; ce qui a

été établi pour obvier aux frais et longueurs de la saisie, établissement de commissaire, et criée, qui bien souvent absorbent la meilleure partie des biens et vont à la foule et ruine entière des pauvres mineurs. »

Cette nouvelle jurisprudence est formée par un arrêt du 9 avril 1630, et voici qui la confirme : Un autre arrêt de 1722, nonobstant l'avis de parents homologué par sentence du Châtelet de Paris, portant pouvoir à une mère de vendre la maison qui lui était commune avec son fils mineur, entérine les lettres de rescision prises par le fils contre la vente faite par sa mère; ordonne que le fils demeurera propriétaire de moitié de la maison, à la charge de rembourser les réparations utiles et nécessaires, et ce que les acquéreurs justifieraient avoir payé en son acquit.

La Coutume n'exigeant l'autorité du curateur que pour l'aliénation des immeubles, elle n'est pas nécessaire, généralement, dans les autres cas. Cependant cette autorité sera requise dans des cas « où il y ait pareille raison qu'en l'aliénation des immeubles, (Labbé) » par exemple quand le mineur veut poursuivre par une action réelle une chose immobilière.

L'art. 4 disant : « et si en autres contrats étaient déçus et circonvenus par leur facilité, notablement, pourront demander restitution en entier, » les interprètes en concluent que la restitution n'a pas lieu, pour aliénation d'immeubles. C'est-à-dire que l'aliénation est nulle de plein droit, même en l'absence de lésion. Dans les autres cas, il faut une lésion; lésion notable; le mineur pourra être restitué quand « il aura été déçu outre la sixième partie de ce dont est question. » (Labbé.) Mauduit est d'avis que la lésion doit être outre moitié du juste prix, en l'absence d'aucune coutume, loi ou ordonnance [1].

[1] La Thaumassière laisse cette question « en arbitrage et décision du sage juge. »

On se demande si un notaire ou un greffier mineur qui a vendu un immeuble peut « être relevé de la vendition. » (Mauduit.) Non assurément, parce que ceux qui obligent les autres se peuvent valablement obliger eux-mêmes; en outre l'ordonnance requiert l'âge de vingt-cinq ans pour être notaire; et un greffier a autant de pouvoir qu'un notaire; ainsi leur qualité les rend majeurs « pour ce qui est de la conduite de leurs affaires, non pour celles d'autruy, comme pour les tuteles qui ne leur peuvent être données tant qu'ils sont mineurs. »

A l'égard d'un docteur en droit, d'un avocat ou d'un référendaire, ou de tout autre mineur qui se dit majeur, on distingue; s'il y a eu dol ou conseil de fraude prémédité de la part du mineur, il est trompeur et indigne de restitution; s'il a contracté par sa facilité il sera restitué.

Un mineur qui s'est obligé pour faire sortir son père de prison ne peut être relevé. La donation faite par une mineure d'une maison avec ameublissement de son immeuble par son contrat de mariage et en faveur de ce mariage est non pas nulle, mais réductible. « Un mineur qui n'a fait que ce qu'un majeur peut bien faire n'est pas relevé. Et s'il a soustrait quelque bien d'une hérédité, de laquelle il est héritier sous bénéfice d'inventaire, il sera tenu de toutes les dettes héréditaires, *etiam ultra vires hereditarias.* » (Mauduit.)

DROIT ACTUEL

DE L'ÉMANCIPATION

ET DES

MINEURS ÉMANCIPÉS

(Code civil 476 à 487 — 1305 à 1315.)

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

§ I.

Nous avons vu ce qu'était dans notre ancien droit l'émancipation, quelle était la capacité du mineur émancipé. Avant d'étudier à ce sujet les dispositions du code civil, jetons un coup d'œil rapide sur les lois qui de 1789 à 1804 réglèrent l'organisation de la famille et surtout la puissance paternelle.

A. Les législateurs de cette époque voulurent régir l'autorité du père par des principes nouveaux. Ils ne pouvaient songer à faire revivre les règles de la *patria potestas* romaine peu conformes au sentiment naturel et fort éloignées de l'état actuel des mœurs et de la civilisation. Seul le droit coutumier imbu des principes germaniques et de l'idée chrétienne avait assis la puissance du père sur ses fondements

légitimes et naturels : il eût suffi de quelques réformes secondaires pour satisfaire aux exigences d'une bonne législation. Tel ne fut pas l'esprit qui inspira les législateurs de la Révolution ; séduits par les doctrines de Rousseau, les théories sur la fraternité universelle, et toutes les autres utopies qui avaient cours alors ; oubliant que l'État peut se montrer d'autant moins despotique que l'autorité du père est plus forte, ils relâchèrent de plus en plus les liens de la puissance paternelle. Le décret des 16-24 août 1790 (art. 15 et 16) commença par enlever au père son droit personnel de correction ; il ne put faire enfermer son enfant qu'après avoir obtenu le consentement d'un tribunal de famille composé des huit plus proches parents ou amis et l'autorisation du président du Tribunal civil. L'Assemblée législative par décret du 28 août 1792 déclara que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle ; et le décret du 20 septembre suivant (art. 2) qui fixa la majorité à vingt et un ans accomplis, décret confirmé par la Convention le 31 janvier 1793, décida que les mineurs seuls seraient désormais obligés d'obtenir le consentement de leurs parents pour se marier, sans que ceux-ci puissent en aucune manière y former opposition. Enfin, le décret du 17 nivôse an II (art. 16) vint encore porter une grave atteinte à l'autorité paternelle et lui enlever une de ses sanctions les plus efficaces en restreignant au dixième des biens la faculté laissée aux ascendants de disposer au préjudice de leurs descendants. Il ne restait plus au père qu'une ombre de puissance sur ses enfants ; et si l'on ajoute que le décret du 12 brumaire an II (art. 2) avait donné rétroactivement aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, que le divorce était pour ainsi dire encouragé par le législateur, on verra dans quel état de désorganisation profonde l'esprit révolutionnaire avait fait tomber la famille française.

B. Le code civil, tout en maintenant le divorce, essaya de réparer le funeste effet de ces aberrations et de rendre à la

famille une constitution plus morale et plus solide. Il restitua à la puissance paternelle ses attributs légitimes et chercha à concilier dans une juste mesure le principe de la liberté individuelle avec celui, non moins sacré, du respect et de l'obéissance dus aux parents; sauf quelques modifications, il revint aux principes du droit coutumier.

1° Il a fait de la puissance paternelle une institution destinée à sauvegarder à la fois l'intérêt de l'enfant, celui des parents et celui de l'État. Toutefois l'avantage de l'enfant est le but principal et prédominant.

Le pouvoir des parents se résume dans les droits de garde, de correction, d'administration et d'usufruit légal jusqu'à un certain âge; mais l'enfant, à tout âge, est obligé de consulter ses parents pour se marier, et l'article 371 du code civil proclame qu'il doit pendant toute sa vie honneur et respect à ses père et mère.

L'intérêt de l'État se trouve aussi pleinement sauvegardé par ces dispositions ; car la famille est l'élément primitif de la société, et c'est au père qu'est remis le gouvernement de la famille. En reconnaissant à la puissance paternelle ses attributs légitimes et nécessaires, la loi a donc pourvu à sa mission qui est de préparer de bons citoyens à la patrie et à la société de courageux défenseurs. Comment, en effet, arriver plus sûrement à ce résultat, qu'en donnant au père le moyen d'inspirer à ses enfants des sentiments de religion, de morale et de justice et de faire naître en eux le germe de toutes les vertus privées et publiques ?

Le code civil (art. 488) a maintenu pour l'époque de la majorité l'âge de vingt et un ans fixé par les lois révolutionnaires. Jusqu'à cet âge l'enfant reste dans une dépendance complète et se trouve soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle ; mais du jour où il atteint sa majorité, il devient maître de sa personne et de sa fortune et passe instantanément à un état d'entière indépendance. On a reproché avec raison à notre code de n'avoir pas préalablement associé

l'enfant à la gestion de son patrimoine et de n'avoir pas créé avant la majorité une position intermédiaire qui eût, par une sorte de noviciat, préparé le mineur à la pratique des affaires. Cette lacune de la loi peut avoir des conséquences graves pour l'avenir de l'enfant ; car l'inexpérience et les entraînements de la jeunesse, l'ardeur de jouir de sa liberté d'action, le conduiront souvent à abuser d'une situation dont il n'a pas appris à connaître les devoirs, les difficultés et les écueils. Mais le Code offre aux père et mère ou à la famille un moyen de parer à cet inconvénient ; par l'émancipation, le mineur peut être associé au gouvernement de son patrimoine, de telle sorte qu'il y aura un intervalle de demi capacité entre l'époque où l'enfant est complètement incapable et celle où il acquiert une capacité entière.

Le tribun Leroy (de l'Orne) s'écriait, le 5 germinal an VII, devant le Corps législatif : « Et nous aussi nous avons consacré dans nos lois la puissance paternelle ; mais on l'y chercherait vainement avec les traits barbares du droit romain ; nous l'y reconnaîtrons ce que la nature la fit : une puissance d'amour et de protection. Quelque heureuse que soit notre organisation, quelques moyens nouveaux qu'ajoute l'éducation, cet âge manquera toujours de cette connaissance des hommes et des choses, de l'expérience, ce don du temps. La loi devait donc au mineur émancipé un dernier appui dans les moments difficiles de son administration. Dans ce cas aussi elle lui donne un curateur ; mais ce n'est plus un maître ; c'est un conseil, c'est un ami. Nos articles sur l'émancipation réalisent cette idée tutélaire qui nous montre le mineur laissé libre dans l'administration de ses biens, et mis pourtant à l'abri du danger de l'inexpérience. » Le 3 germinal, le tribun Huguet disait : « L'émancipation est un prix de sagesse donné au mineur lorsqu'il est en état d'administrer ses biens et revenus, quand sa conduite et la maturité de sa raison le permettent ainsi. » Toutes les dispositions de la loi tendent plus ou moins directement à assurer

le bien-être matériel et le progrès moral et intellectuel de l'enfant. « Dans cette disposition, dit le conseiller d'État Berlier dans l'exposé des motifs, le gouvernement a aperçu des résultats d'une grande utilité ; car l'émancipation deviendra un stage pour la jeunesse. L'émancipé craindra d'en perdre le bénéfice et, averti que son sort dépend de sa conduite, il contractera dès le commencement de sa carrière civile les bonnes habitudes qui doivent avoir une si heureuse influence sur le reste de la vie. Ce point de législation peut seul produire une révolution utile dans l'ordre moral. »

2° Ceci posé, nous pouvons définir l'émancipation : *un acte juridique qui affranchit un mineur soit de la puissance paternelle, soit de la tutelle, soit de l'une et l'autre puissance à la fois.* Cette expression est toute romaine ; elle s'est perpétuée jusqu'à nous, quoiqu'elle représente, dans son acception primitive, des institutions avec lesquelles nos lois et nos mœurs françaises n'ont absolument rien de commun.

L'émancipation, à Rome, faisait seulement cesser la puissance paternelle, et, loin de mettre fin à la tutelle elle y donnait au contraire ouverture, lorsque le fils de famille émancipé était encore impubère [1]. Il en était encore ainsi, avons-nous vu, dans notre ancienne France, dans les pays de droit écrit et même dans certains pays de coutumes, où l'on distinguait l'émancipation qui mettait fin à la puissance paternelle et celle qui mettait fin à la tutelle.

Dans la matière de l'émancipation, comme dans tout ce qui concerne l'organisation de la famille, bien que les rédacteurs du Code aient plutôt suivi les principes du droit coutumier que ceux du droit romain, ils se sont cependant en plusieurs points notablement écartés des uns et des autres. Ainsi, par exemple, ils ont rejeté la distinction faite par notre ancien droit de deux sortes d'émancipation, ce qui

[1] Inst. I, t. XII, § 6.

était une conséquence nécessaire de l'abandon des idées romaines ; et ils ont attribué à une institution unique les principaux effets qui résultaient autrefois de deux institutions distinctes.

§ II.

Parmi les législations étrangères, la loi anglaise n'admet pas l'émancipation comme modifiant la capacité civile. Le mariage même de l'enfant mâle ne fait pas cesser la tutelle. Il en est autrement pour les filles. (*Manuel de droit de l'étranger en Angleterre*, page 93.) Dans le Code de la Louisiane, au-dessus de la puberté et jusqu'à leur majorité les mineurs sont placés sous l'autorité d'un curateur. (Art. 263.)

Nous diviserons cette étude sur l'émancipation en quatre parties et nous verrons successivement : 1° Les conditions et les formes de l'émancipation ; 2° La curatelle ; 3° Les effets de l'émancipation relativement à la capacité du mineur émancipé ; 4° La révocation de l'émancipation.

PREMIÈRE PARTIE

DANS QUELS CAS ET SOUS QUELLES CONDITIONS L'ÉMANCIPATION PEUT AVOIR LIEU

Nous avons défini l'émancipation : « Un acte juridique qui affranchit un individu mineur, soit de la puissance paternelle, soit de la tutelle, soit de l'une et de l'autre puissance à la fois, lorsqu'il se trouvait en même temps soumis à toutes les deux. » Un mineur peut en effet se trouver dans une des trois situations suivantes : 1° ou ses père et mère existent encore, et alors il est soumis uniquement à la puissance paternelle ; 2° ou l'un d'eux est décédé, l'autre ayant survécu, et alors il y a puissance paternelle et tutelle en même temps ; 3° ou enfin tous les deux sont morts, auquel cas l'enfant n'est plus soumis qu'à la tutelle[1]. Pour compléter notre définition il faudrait y ajouter les mots suivants : « L'émancipation est un acte qui affranchit, etc., et par lequel le mineur acquiert avant la majorité le droit de se gouverner lui-même ainsi que d'administrer librement ses biens, sous les limitations posées par la loi. »

L'acte juridique auquel ces effets sont attachés consiste dans le mariage du mineur ou dans une déclaration faite solennellement par son père ou sa mère et à leur défaut par son conseil de famille. Nous voyons par là qu'il y a deux sortes d'émancipations : l'une tacite, qui a lieu de plein droit ; l'autre expresse qui résulte de la déclaration solennelle faite à cet effet par les personnes qui ont reçu de la loi le pouvoir d'émanciper.

[1] Art. 372, 469, 471

CHAPITRE PREMIER

Émancipation tacite.

I. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage (art. 476) ; l'état d'époux est en effet incompatible avec l'état de mineur en tutelle, étant données nos mœurs et nos habitudes sociales; il faut bien aux époux une certaine indépendance ; le mari est appelé à exercer, comme chef de maison, la puissance maritale et bientôt la puissance paternelle ; enfin il est présumé avoir assez de raison et de maturité puisque le consentement a été donné par qui de droit. La femme, de son côté, trouvera un protecteur dans son mari (art. 213) et c'est une nouvelle raison en faveur de l'émancipation du mari car cette autorité s'accorderait fort mal avec sa sujétion à l'autorité d'un tiers.

Ainsi, l'émancipation est de l'essence du mariage : le contraire serait une contradiction manifeste. Il en résulte que des personnes incapables de conférer l'émancipation expresse peuvent émanciper indirectement par un mariage auquel ils sont appelés à consentir; par exemple, les ascendants autres que le père et la mère quand ceux-ci sont décédés, ou le conseil de famille d'un orphelin mineur de dix-huit ans. Il n'est donc pas vrai de dire[1] que le consentement de ceux qui autorisent le mariage est sous-entendu ; ici, l'émancipation a lieu par le bienfait de la loi ; expression plus juste que celle d'émancipation tacite.

Comme conséquence, le mariage emporte l'émancipation des époux nonobstant toute stipulation contraire ; ils ne peuvent renoncer à ce bénéfice, ou le modifier, de même qu'il leur a été accordé sans aucune clause ni déclaration quel-

[1] *Contra* Marcadé, nº 286.

conque (art. 476, Demolombe)[1]. L'article 476 est une règle d'ordre public, y déroger ce serait aller contre l'intention du législateur et abuser de la faveur du mariage; car il faut que l'époux mineur assume désormais la responsabilité de ses actes et ne puisse pas se décharger sur autrui des obligations et des devoirs de son état.

Autre conséquence : dans l'émancipation par le mariage, l'âge du mineur n'est point à considérer ; l'âge n'est donc pas toujours une condition essentielle à la validité de l'émancipation. Ainsi il arrive quelquefois que l'on obtient du chef de l'État des dispenses d'âge. Le mineur de treize ans, de quatorze ans (art. 144, 145) n'en est pas moins émancipé par le seul fait de la célébration du mariage. L'article 476 dit que le mineur est émancipé par le mariage ; il ne dit pas pendant le mariage. (Cassation 21 février 1821 ; code civil, 477, 478 ; Demolombe ; Zachariæ ; Duranton.)

II. Le Code n'a consacré que ce seul mode d'émancipation tacite. Avant 1789 et dans une certaine partie de la France le mineur était émancipé de plein droit et lorsqu'il avait un certain âge, ce qui était une sorte d'émancipation tacite. Le projet du Code avait consacré ce système emprunté au droit romain, mais seulement à partir de dix-huit ans, du moins lorsque l'enfant n'avait plus ni père ni mère (Fenet), afin de ne pas faire passer trop brusquement le mineur de l'incapacité complète à la capacité et de lui procurer une sorte de noviciat. Ce système a été rejeté dans la discussion sur cette observation de Cambacérès qu'il n'y a plus entre l'âge de la majorité actuelle et celui de dix-huit ans la même proportion qu'entre ce dernier et celui de la majorité ancienne. On ne reconnaît donc plus d'émancipation par le seul bénéfice d'âge. Cambacérès avait proposé d'y substituer le droit pour le mineur de demander son émancipation lorsqu'il aurait dix-huit ans et de faire statuer par le tribunal. Cet amende-

[1] Zachariæ, § 119.

ment fut adopté au conseil d'État et aucune partie de la discussion n'y est contraire ; cependant le texte définitif du Code étant, on ne s'explique pas pourquoi, demeuré muet sur ce point, il ne saurait appartenir à l'interprète de suppléer à ce silence.

La promotion à certaines fonctions publiques n'est plus non plus un mode d'émancipation.

L'émancipation ne peut pas davantage résulter de la circonstance que le père tuteur a fait nommer un curateur à l'un de ses enfants en âge d'être émancipé, et demandé à être autorisé lui-même à former comme tuteur de ses autres enfants au-dessous de cet âge une action en partage. (Riom, 22 mars 1823 ; Peyrachon contre Malin.) Cependant on a jugé qu'une comédienne de profession est émancipée par force de la loi pour toutes les opérations relatives à son état, et notamment pour la recette des revenus destinés à la faire subsister. (Paris, 21 mars 1816, D... contre Jenny Vosgien.) Ce serait-là une véritable émancipation tacite que la saine doctrine ne peut admettre comme principe. L'émancipation est un acte trop grave pour qu'on n'exige pas un acte juridique, et qu'on le remplace par des appréciations de position et d'état.

Mais il a été jugé que lorsque les registres du greffe de la justice de paix sont perdus, l'émancipation d'un mineur peut être déclarée constante sur de simples présomptions. (Req., 27 janvier 1819 ; Ogier contre Villard.) Ici il y a un fait de force majeure et non une émancipation tacite.

Le mariage putatif produit les mêmes effets relativement à l'émancipation que le mariage valable, et par conséquent émancipe tacitement l'époux ou les époux de bonne foi.

CHAPITRE II

Émancipation expresse.

C'est la faculté accordée par la loi à certaines personnes de conférer directement à un mineur une capacité et des droits déterminés. A quel âge, de quelle manière et par qui le mineur peut-il être émancipé ? Voilà ce que nous avons à rechercher. Ces trois questions n'en font à vrai dire qu'une seule ; car la question de savoir à quel âge et de quelle manière l'émancipation peut être conférée au mineur dépend précisément de celle-ci : par qui l'émancipation peut-elle lui être conférée ?

Elle peut s'opérer par la volonté déclarée solennellement du père, de la mère ou du conseil de famille ; telles sont les personnes qui ont reçu de la loi le pouvoir d'émanciper. Nous distinguerons donc deux hypothèses : 1° le mineur est en puissance paternelle, c'est-à-dire a encore ses père et mère ou l'un d'eux ; 2° il est seulement en tutelle, c'est-à-dire n'a plus ni père ni mère. Nous dirons un mot en terminant de l'émancipation des enfants illégitimes et des enfants trouvés.

SECTION Ire

ÉMANCIPATION PAR LE PÈRE OU LA MÈRE

Le droit d'émanciper l'enfant est un attribut de la puissance paternelle ; il appartient donc en principe aux père et mère, et ce n'est qu'à défaut de l'un et de l'autre que la loi l'accorde au conseil de famille (art. 478). « Qui pourrait mieux apprécier le mineur, disait M. Leroy au Corps législatif, que ceux qui l'ont sans cesse sous les yeux ? Qui pourrait promettre plus de circonspection dans l'exercice même

de leur bienveillance que ceux à qui la nature a rendu si précieux le bonheur de celui qui en sera l'objet? » — « Les affections de la nature, disait le conseiller d'État Berlier, garantissent ici que l'émancipation sera dans l'intérêt de l'enfant. »

§ I. — *L'enfant a encore son père et sa mère.*

A. Pendant le mariage, le père ayant l'exercice de la puissance paternelle a seul le droit d'émanciper l'enfant. Son droit est souverain et sans contrôle, il n'a pas besoin du concours de sa femme. Il en jouit seul, durant sa vie, tant qu'il se trouve investi de la puissance paternelle et qu'il est en état de l'exercer. Il en est juge suprême ; l'exercice de son pouvoir ne peut être critiqué par les tiers ni soumis à la puissance des tribunaux ; le juge de paix est sans pouvoir pour se refuser à recevoir la déclaration d'émancipation (Seine, 1836). Les tribunaux ne peuvent modifier les effets de l'émancipation accordée qu'autant que l'exercice de ce droit peut causer un préjudice moral ou matériel au mineur (Caen, 1850). Personne ne peut conférer l'émancipation refusée par le père. L'opposition de la mère ne pourrait être reçue qu'autant qu'il serait justifié qu'elle a lieu dans l'intérêt du mineur.

B. L'époux contre qui la séparation de corps a été prononcée n'en conserve pas moins la faculté d'émanciper ses enfants puisqu'il ne perd nullement la puissance paternelle ; aucun texte ne lui enlève cette faculté. Cependant l'opinion contraire a été soutenue par Delvincourt. Il faut décider de même au cas où l'époux qui a le droit d'émanciper a été privé de la garde et de l'éducation de son enfant, car on ne peut arbitrairement créer une déchéance. Mais comme ici l'usage que l'ascendant ferait de l'émancipation pourrait être funeste à l'enfant et avoir pour but de le faire revenir près de lui, nous croyons avec M. Demolombe que la personne à

qui sa garde aura été confiée pourra se pourvoir devant le tribunal pour faire révoquer cet acte d'émancipation (arg. anal., art. 485); ce droit pourrait être accordé au mineur lui-même. C'est là une dérogation au principe énoncé plus haut que l'émancipation qui ne peut jamais être imposée par personne aux père et mère ne peut pas davantage être attaquée ; mais elle paraît justifiée suffisamment par l'intérêt de l'enfant et l'esprit de la loi.

C. Nous croyons que la mère peut émanciper l'enfant, même du vivant du père, si celui-ci a perdu la puissance paternelle. (Demolombe, t. VI.)

Une difficulté peut se présenter relativement à la question de savoir si l'ascendant qui aux termes de l'article 335 du code pénal a été déclaré déchu de la puissance paternelle conserve le droit d'émanciper son enfant. D'après cet article, l'ascendant condamné pour avoir excité ou favorisé la débauche de ses enfants est privé des droits qui lui sont accordés par le code civil au titre de la puissance paternelle ; or, ce titre ne mentionne nullement le droit d'émancipation, et comme il y a là une pénalité on ne saurait l'étendre par analogie. Mais cet ascendant étant par suite de la déchéance qu'il a encourue privé en même temps de la garde et de l'éducation de son enfant, la question se trouve ramenée à celle que nous venons d'examiner et nous la résoudrons de même.

D. Un point sur lequel les opinions sont très partagées, c'est celui de savoir si dans le cas où le père est seulement dans l'impossibilité de fait d'exercer la puissance paternelle, soit pour cause d'absence présumée ou déclarée, soit pour cause d'interdiction, la mère peut alors émanciper son enfant. La difficulté vient des diverses interprétations que l'on donne des mots : « *à défaut de père,* » contenus dans l'article 477. Et on en compte quatre principales ; mais jamais bien entendu on n'a songé à dire que la mère pourrait aller contre la volonté de son mari présent et capable.

1° La plus rigoureuse, enseignée par Toullier et Proudhon, prend à la lettre ces expressions *à défaut de père*. Elle refuse dans tous les cas à la mère le droit d'émancipation, celle-ci n'exerçant du vivant de son mari la puissance paternelle que par délégation et en quelque sorte en son nom. On ne saurait donc lui accorder le droit de modifier définitivement l'état de l'enfant et de porter une aussi grave atteinte aux droits du père qui peut reparaître ou revenir à la raison. Du reste le texte de l'article 477 dit : non pas *à défaut du père*, mais *à défaut de père*, ce qui ne s'applique évidemment qu'à la mort naturelle ou civile. Ce système fut rejeté par M. Valette qui l'avait d'abord adopté. Nous ferons remarquer qu'il ne tient compte que de l'intérêt du père et non de celui de l'enfant, ce qui est entièrement contraire à l'esprit de la loi et au but même de la puissance paternelle.

2° M. Marcadé distingue : la déclaration d'absence faisant naître une présomption de mort et permettant tout ce que permettrait le décès de l'absent (excepté seulement en ce qui touche à son mariage) la mère pourra émanciper son enfant. Mais quand le père sera simplement présumé absent ou interdit, il faut encore distinguer si l'enfant a moins de dix-huit ans ou s'il a atteint cet âge ; et ce n'est que dans ce cas que la mère pourra l'émanciper. La mère peut bien, il est vrai, consentir au mariage de son enfant et amener ainsi une émancipation indirecte ; mais nous avons vu qu'il en est de même pour les ascendants supérieurs. Le motif de la décision de Marcadé est que l'usufruit légal des biens de l'enfant appartenant toujours dans ces cas au père, la mère ne peut par sa seule volonté anéantir ce droit de jouissance légale. Mais lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, l'intérêt de l'enfant n'est plus contrebalancé par le droit du père qui cesse à cet âge, et la mère peut émanciper. (Fréminville, Marcadé.) A l'objection que la mère ayant dans ces cas la puissance paternelle, elle a aussi l'usufruit légal, et peut par conséquent s'en dépouiller, on répond qu'elle doit

conserver ce droit pour son mari qui peut reparaître ou être relevé de son interdiction. Du reste, c'est encore une question discutée que celle de savoir si lorsque la mère a l'exercice de la puissance paternelle elle a en même temps l'usufruit légal accordé au père (art. 384).

On pourrait encore invoquer à l'appui de ce système l'article 2 du code de commerce, § 1. Quoi qu'il en soit, les motifs des différences qu'il préconise ne sont pas justifiés, car l'absent déclaré peut aussi bien reparaître que le présumé absent revenir, ou l'interdit recouvrer la raison ; en outre, l'absence même déclarée n'équivaut pas complètement à la mort ; et l'interdiction produit au contraire les mêmes effets que la mort en ce qui concerne l'enfant et l'exercice de l'autorité qui doit veiller et agir sur lui. Enfin une part trop faible est faite à l'intérêt de l'enfant.

3° M. Duranton a cherché à concilier les droits du père et l'intérêt de l'enfant. La mère, a-t-il dit, pourra toujours émanciper son enfant au-dessus de dix-huit ans, c'est une conséquence de l'article 2 du code de commerce, au-dessous de cet âge le père conservera son usufruit légal. S'il en est autrement quant à l'émancipation résultant du mariage dans le même cas (art. 149), c'est que le mariage est favorable, ajoute-t-il. Ces distinctions ingénieuses sont purement arbitraires ; car si la mère peut, en émancipant son enfant avant l'âge de dix-huit ans, anéantir tous les droits de la puissance paternelle qui résident encore en la personne du père, pourquoi l'usufruit légal du père seul serait-il réservé ? On a peine à en apercevoir le motif. Quelle raison de protéger un droit pécuniaire ? De deux choses l'une : ou les mots *à défaut de père* signifient *lorsqu'il est mort*, et alors *tant qu'il vit* la mère ne peut l'émanciper ; ou ils veulent dire : lorsqu'il est dans l'impossibilité d'émanciper lui-même, et alors s'il est absent ou interdit, la mère peut accorder une émancipation valable à tous égards. Enfin admettre ce système serait violer manifestement le texte de l'article 384 qui fait cesser

l'usufruit légal du jour de l'émancipation, sans distinguer comment elle a été accordée pour en restreindre ou en étendre les effets. On ne peut admettre qu'il existe une espèce d'émancipation particulière. Elle est une, ou n'est point. Si le père gardait sa jouissance, que deviendraient les effets de l'émancipation dont l'un des plus importants est de donner au mineur le droit d'administrer ses biens et de percevoir ses revenus ?

4° Une quatrième opinion, professée notamment par MM. Demolombe, Valette, Aubry et Rau, et à laquelle nous nous arrêterons, s'inspire avant tout de l'esprit de la loi et du caractère essentiel de la puissance paternelle, tel qu'il résulte des textes mêmes et des principes généraux du droit.

Les mots *à défaut de père* signifient lorsque le père est dans l'impossibilité d'user lui-même de son droit d'émanciper, *à défaut de père émancipateur*. Les expressions de l'article 477 sont générales, et l'on ne saurait sans arbitraire les restreindre à quelques cas spéciaux. La puissance paternelle constitue une sorte de fonction publique, disent MM. Aubry et Rau, établie dans l'intérêt de l'enfant qui ne doit pas rester en souffrance par suite de l'impossibilité où se trouverait le père de remplir la mission que lui confèrent la nature et la loi. C'est aussi l'intérêt de la société. La puissance paternelle est une source de devoirs, à défaut du père c'est à la mère de les remplir. Elle n'a plus de cause, elle doit cesser dès lors qu'il est démontré qu'au lieu d'être utile à l'enfant, elle n'est plus que nuisible. Si le père n'est pas là pour y remédier, c'est à la mère de le faire.

L'article 149, du reste, n'autorise-t-il pas la mère à consentir au mariage de l'enfant par cela seul que le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ? Sans doute il y a une grande différence entre le droit de consentir au mariage et le droit de conférer l'émancipation, l'un ne dérivant pas de la puissance paternelle tandis que l'autre en découle

exclusivement. Mais suivant nous l'article 149 révèle bien la pensée du législateur de transporter à la mère tous les pouvoirs du père lorsque celui-ci ne peut manifester sa pensée.

On objecte à ce système l'article 478 qui n'autorise le conseil de famille à émanciper le mineur que lorsqu'il est resté sans père ni mère, expressions qui ne paraissent s'appliquer qu'au cas de la mort naturelle des père et mère ; et l'on conclut de là que la mère n'a pas plus de droit tant que le père existe encore que n'en n'a le conseil de famille. Mais nous répondrons avec M. Demolombe que l'article n'a prévu que le cas le plus général et qu'il n'est pas plus limitatif que ne l'est l'article 2 du code de commerce relatif à l'autorisation à donner au mineur de faire le commerce, article qui prévoit précisément le cas de décès, d'absence ou d'interdiction du père, lorsqu'il attribue le droit d'accorder cette autorisation soit à la mère, soit à défaut de la mère au conseil de famille. Si la mère peut faire de son enfant un majeur pour des actes de commerce, elle peut *à fortiori* lui accorder une simple émancipation. A la vérité, il ne s'agit pas dans cet article d'émancipation, puisqu'on suppose le mineur émancipé, mais, comme le dit encore M. Demolombe, la loi a ici pour but essentiel de permettre à la mère d'autoriser l'enfant à faire le commerce à défaut du père ; et dès lors en permettant à la mère de lui accorder cette autorisation, elle lui permet par cela même de lui accorder l'émancipation sans laquelle l'autorisation serait impossible. Les premiers mots de l'article 2 veulent donc seulement dire que le mineur pour être commerçant devra être émancipé. Mais par qui cette émancipation pourra-t-elle être conférée ? C'est là le point à résoudre. L'article le dit ensuite : il accorde ce droit à la mère en cas de décès, d'absence ou d'interdiction du père. Spécialement, on répond à l'opinion qui se base sur l'article 2 pour dire que la mère ne pourra émanciper qu'au-dessus de dix-huit ans : « Sans doute, la loi veut que le

mineur pour faire le commerce, et à raison des chances et des périls de cette profession de commerçant, ait dix-huit ans accomplis ; mais cette condition est exigée par des motifs tout à fait étrangers à l'usufruit légal du père. »

MM. Aubry et Rau répondent ainsi à l'objection tirée de l'article 384, d'après lequel l'émancipation fait cesser l'usufruit légal, dont le père, dit-on, ne peut être privé par un acte de la mère. L'intérêt pécuniaire du père ne saurait l'emporter sur l'intérêt de l'avenir d'un enfant que sa mère aurait jugé digne du bénéfice de l'émancipation. D'ailleurs, les enfants dont les père et mère sont encore en vie possèdent rarement une fortune personnelle et il serait peu rationnel de se fonder sur un état de choses exceptionnel et purement accidentel pour refuser en principe à la mère le droit de l'émancipation. Enfin, ajoute M. Demolombe, si grave que puisse être le résultat pour le père privé de son usufruit légal, c'est son devoir de se sacrifier et la loi considère si peu l'intérêt personnel des parents que c'est précisément pour en éviter les dangers qu'elle a fait cesser la jouissance légale à dix-huit ans.

Un dernier argument en notre faveur est tiré de l'art. 141 aux termes duquel la mère remplace le père absent dans l'exercice de la puissance paternelle, quant à l'éducation et à l'administration des biens de ses enfants ; or, la loi n'a pas entendu faire ici une énumération limitative, et il est évident qu'elle habilite la mère à exercer tous les droits que comporte la puissance paternelle.

Toutefois, au cas de simple présomption d'absence (voir Demolombe : absence) le droit d'émanciper ne nous semble pas résulter pour la mère des termes de l'art 141. En effet, ce texte ne lui accorde l'exercice des droits du père que quant à l'éducation, c'est-à-dire le droit d'exercer l'autorité paternelle et non de l'anéantir (art. 372). Elle n'est que mandataire. De plus, l'émancipation ayant pour conséquence de priver le père de son usufruit légal, il ne convient pas d'ac-

corder absolument et nécessairement à la mère un tel pouvoir. Mais comme l'art. 477 lui permet d'émanciper les enfants, à défaut de père, c'est au tribunal qu'il faudra en référer pour savoir si au cas de présomption d'absence la condition qui permet à la mère d'émanciper se trouve remplie. Cette solution concilie à la fois les droits du père avec ceux de la mère et des enfants.

E. Au cas d'un mariage putatif, le droit d'émanciper l'enfant appartiendra à celui des deux époux qui a été de bonne foi, puisque c'est lui seul qui a l'exercice de la puissance paternelle : au père si tous les deux ont été de bonne foi.

§ II. — *L'enfant a perdu son père ou sa mère.*

A. Après la dissolution du mariage, c'est au survivant des époux qu'appartient la puissance paternelle, et par conséquent le droit d'émancipation, et cela d'une façon exclusive. (Art. 372.) La mère survivante a à cet égard tous les droits qu'avait le père. Remarquons en passant une erreur de rédaction de l'art. 477 qui dit : le mineur même non marié pourra être émancipé par son père, etc. La conjonction même n'a pas de sens. Il est absurde de dire que l'émancipation expresse est possible même pour le mineur non marié, puisqu'elle n'est possible que pour lui seul.

B. Ce droit d'émancipation, le père ou la mère le conservent bien qu'ils ne gèrent pas la tutelle. Ainsi le père ou la mère exclus, dispensés ou destitués de la tutelle ont encore le droit d'émanciper leurs enfants, parce que ce droit prend sa source dans la puissance paternelle dont l'émancipation est le terme, et ici cette puissance n'est pas atteinte.

M. Delvincourt n'accorde le droit d'émancipation au père ou à la mère n'exerçant pas la tutelle que dans le cas où ils sont dispensés, et le refuse formellement dans les cas d'exclusion ou de destitution. Toute morale qu'elle soit, cette distinction n'a pas été faite par la loi et nous ne pouvons l'admettre. La puissance paternelle leur reste : ils consentent

au mariage, à l'adoption, donc ils peuvent émanciper. C'est ainsi qu'il a été jugé pour un cas d'indignité, en 1852, à Bordeaux. Toutefois, il appartient dans ce cas aux tribunaux de contrôler l'exercice de ce droit ; ils sont un pouvoir supérieur chargé de se rendre compte si l'émancipation n'est pas un moyen d'éluder la destitution et une mesure pernicieuse pour les enfants, et dans ce cas ils peuvent sur la demande du tuteur faire défense au juge de paix de procéder à l'acte d'émancipation.

C. Le second mariage du mari ne l'empêche pas d'émanciper ses enfants du premier lit, il en est de même pour la femme. M. Demolombe soutient qu'elle n'aura pas besoin de l'autorisation de son nouveau mari (le rôle de celui-ci se borne donc à partager la tutelle quand il est co-tuteur), car elle exerce seule la puissance paternelle et le mari ne peut en aucune façon s'immiscer dans les affaires de ses enfants.

Pour nous, la femme doit suivre la règle générale et demander l'autorisation, car il est bon de laisser à son mari un certain droit de contrôle, afin que la femme ne puisse pas accomplir seule un acte dont les conséquences pécuniaires peuvent atteindre le patrimoine de la famille, c'est une garantie de plus. Du reste, si le mari refuse son consentement sans motifs, elle pourra toujours, d'après le droit commun, demander l'autorisation de justice.

Ceci résulte d'un jugement du tribunal de Rennes du 21 décembre 1840, qui considère que la puissance paternelle n'existe pas complète au profit de la femme remariée ; qu'elle ne peut pas user seule des prérogatives de la puissance paternelle, par exemple pour l'administration des biens de son enfant, ou le droit de correction ; que l'art. 213 consacre une incapacité générale de la femme, même pour l'émancipation puisqu'il n'y a pas d'exception ; que les termes de l'art. 477 laissent la femme sous l'empire des principes généraux, quel que soit le sens de ces mots : *la seule déclaration de la mère*, qu'il faut opposer au § 2 de l'art. 478 ; que la

femme mariée est complètement sous la dépendance de son mari, etc., etc.

On a objecté que les principes généraux de la loi sur l'autorisation maritale ne s'appliquent pas à des questions relatives aux intérêts des enfants du premier lit ; que la puissance maritale ne peut porter que sur la personne et les biens de la femme, et non pas sur ses devoirs envers ses enfants d'un premier lit qui ne peuvent être soumis à l'autorité d'un étranger ; que la femme protectrice de ses enfants exerce une fonction en les émancipant ; que la loi lui permet de consentir au mariage ou d'accepter les donations ; qu'il faut un texte précis pour soumettre à l'autorisation ; on s'est demandé à quel titre le mari interviendrait dans l'émancipation ; on a dit que l'émancipation ne pouvait pas nuire à la communauté, et que du reste on ne pouvait pas s'appuyer sur ce motif, que la mère avait un pouvoir discrétionnaire.

M. Dalloz n'en conclut pas moins : « le droit d'émancipation ne peut être exercé dans toute sa plénitude que par le père de famille ; pour la mère il se modifie suivant les diverses situations où elle est placée. Dans le cas de convol elle joint à sa qualité de mère celle de femme mariée ; l'autorisation maritale lui devient nécessaire. Son nouveau mari lui est adjoint comme co-tuteur, et il acquiert sur la personne des enfants des droits que la femme ne peut lui enlever ; son concours à l'acte ou tout au moins l'autorisation de justice doivent donc être rigoureusement exigés. »

Indépendamment de cette question d'autorisation on se demande si la mère remariée qui n'a pas conservé la tutelle, peut toujours émanciper. Delvincourt a soutenu à tort, selon nous, qu'elle ne le pouvait pas, même quand elle a gardé la tutelle, car elle perd la puissance paternelle en se remariant. (386-381.) L'art. 477 semble conserver à la femme le droit d'émanciper puisqu'il n'appelle le conseil de famille qu'à défaut du père et de la mère. Enfin c'est un attribut de la

puissance paternelle, et il subsiste avec elle. Maintenant, la mère a-t-elle conservé toute sa puissance, en perdant le droit d'administration qui en est assurément une notable partie ? La mère peut bien être privée de la tutelle, car sa dépendance vis à vis de son mari pourrait nuire aux intérêts du mineur ; les mêmes raisons n'existent pas pour lui faire perdre l'émancipation qui est un droit puisé dans la nature. Du reste, le système contraire serait opposé aux intérêts de l'enfant qui ne pouvant être affranchi qu'à dix-huit ans par le conseil de famille, ne serait affranchi que plus tard de la puissance légale. Le conseil de famille pourrait cependant faire rétracter une émancipation frauduleuse.

§ III. — *Age requis pour l'émancipation.*

L'article 477 nous dit que le mineur peut être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. Le législateur a fixé ici l'âge de quinze ans, car il a trouvé contre le danger d'une émancipation prématurée des garanties suffisantes dans la tendresse et l'expérience du père ou de la mère, dans leur intérêt même, l'émancipation faisant cesser l'usufruit légal. Pourquoi ne s'est-il pas entièrement reposé sur cette prudence des parents et a-t-il fixé un âge au lieu de leur laisser une liberté complète ? C'est pour éviter des émancipations trop précoces causées par le désir de s'affranchir des devoirs de la puissance paternelle ou de la tutelle, surtout quand il y a des biens qu'ils seraient chargés d'administrer et dont ils n'auraient pas la jouissance.

§ IV. — *Formes de l'émancipation.*

A. L'émancipation expresse s'opère, dit l'art. 477, par la seule déclaration du père ou de la mère reçue par le juge de paix assisté de son greffier. L'acceptation de l'enfant n'est donc plus aujourd'hui nécessaire ; l'émancipation a cessé

d'être un vrai contrat passé entre le père ou la mère et l'enfant, pour devenir un acte souverain d'autorité domestique que l'enfant ne peut ni provoquer ni critiquer. Celui-ci peut donc être émancipé à son insu et même malgré lui ; il n'a pas le droit de former devant les tribunaux opposition à sa propre émancipation. Il est dressé acte de la déclaration d'émancipation.

B. Le Code n'a pas reproduit l'ancienne règle qui permettait d'émanciper devant un juge quelconque ; c'est devant le juge de paix seul que l'émancipation peut avoir lieu. Le magistrat compétent est évidemment celui du domicile du mineur, car l'art. 477 dit *le* et non pas *un* juge de paix, ce qui n'a rien d'indéterminé. De plus, cette décision est conforme aux principes généraux de la tutelle auxquels nous devons nous référer dans le silence de la loi, et la rédaction de l'art. 479 ne peut laisser aucun doute. Dans les deux cas, la compétence est la même. Il n'y a pas de distinction à faire. Cette interprétation a en outre le grand avantage de donner aux tiers un moyen facile et sûr de connaître l'émancipation, ou plus généralement l'état et la capacité du mineur, les actes d'émancipation devant être portés sur les registres du greffe de la justice de paix. Dans l'ancien droit on arrivait au même but par un chemin plus long, en exigeant que les lettres d'émancipation fussent insinuées au bureau établi au domicile des impétrants. Le juge de paix ne fait ici qu'un acte de juridiction gracieuse ; son rôle se borne à recevoir la déclaration, et il ne lui appartient pas de la critiquer.

C. Des termes de l'article 477 nous conclurons encore que le législateur n'a reconnu qu'une forme pour l'émancipation et qu'on ne pourrait même plus aujourd'hui comme dans l'ancien droit soulever la question de savoir si elle pourrait être conférée par acte notarié. Le silence du Code est d'autant plus significatif que cette dernière forme avait été admise dans le projet primitif et que la rédaction définitive ne l'a pas reproduite.

D. Comme la loi ne fait à ce sujet aucune dérogation au droit commun (art. 305), l'émancipation ne peut pas davantage avoir lieu par testament. En matière de tutelle, le Code s'est expliqué sur le cas où la forme testamentaire est autorisée. (392-398.)

E. Nous croyons que ni les textes ni les principes n'empêchent de décider que l'émancipation peut être faite par un fondé de pouvoirs, un mandataire, pourvu qu'il soit muni d'une procuration spéciale et authentique. Il serait même douteux qu'on annulât celle qui aurait lieu en vertu d'un mandat sous-seing privé ayant date certaine.

SECTION II

ÉMANCIPATION PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

§ I.

La seconde hypothèse, avons-nous dit, est celle où le mineur est resté sans père ni mère ; l'article 478 nous dit : « qu'il pourra être émancipé si le conseil de famille l'en juge capable. » La loi n'a pas voulu confier cette mission au tuteur seul, parce qu'elle a craint ou qu'il ne fût trop pressé d'émanciper son pupille pour se décharger de la tutelle, ou qu'il ne fût au contraire peu disposé à le faire lorsque l'émancipation l'obligerait à restituer au mineur ses capitaux ; ce danger était moins à craindre de la part du conseil de famille.

C'est donc à ce dernier à apprécier la conduite et l'intelligence du mineur ; mais comme il ne se rassemble qu'à des intervalles qui n'ont rien de fixe, et seulement sur convocation expresse, l'article 479 a dû conférer à certaines personnes le droit de provoquer sa réunion pour délibérer sur l'opportunité de l'émancipation. « Rien ne fait du reste obstacle, dit M. Demolombe, à ce que le mineur s'il est âgé de dix-huit ans accomplis à la mort de ses père et mère, soit de suite

émancipé directement sans qu'il lui soit nommé d'abord un tuteur. » (Art. 406.)

A. En premier lieu, c'est au tuteur que la loi attribue implicitement le droit de requérir l'émancipation ; car il a la garde du mineur, et est plus que tout autre en position de juger s'il est digne de cette faveur.

B. Mais la loi a tout prévu : s'il refuse d'agir, soit par négligence, soit par mauvaise volonté, le droit de requérir la convocation du conseil de famille passe à un certain nombre de parents ou alliés du mineur, assez proches pour qu'on puisse penser qu'ils auront avec lui des relations qui leur permettront de l'apprécier, sans qu'ils aient du reste besoin de faire partie du conseil. Lorsque ces personnes usent de leur droit, le juge de paix doit déférer à leur réquisition. Ces personnes sont les ascendants, les collatéraux, et les alliés jusqu'au degré de cousin-germain inclusivement.

C. Si la réquisition est faite par le mineur lui-même, le magistrat est-il tenu de convoquer le conseil de famille ? L'affirmative est soutenue par Toullier ; car nul, dit-il, n'est plus intéressé que lui dans la question, et il en était ainsi dans l'ancien droit. Mais elle est inadmissible en présence de l'article 479 dont l'énumération limitative ne comprend pas le mineur ; l'émancipation est une faveur qui ne peut être accordée qu'autant que l'un des parents du mineur le juge assez digne pour prendre sur lui de la réclamer ; enfin, le mineur est dans un état d'incapacité tel qu'il ne peut agir seul ; puis, s'il pouvait faire convoquer à son gré le conseil, il reviendrait à la charge jusqu'à ce qu'il soit arrivé à ses fins, ce qui occasionnerait des frais considérables qui en définitive retomberaient sur lui. Le silence du Code, en présence des dispositions contraires de l'ancien droit, est encore un argument en notre faveur. Le motif allégué dans l'opinion contraire que les parents peuvent être éloignés ou montrer de l'insouciance n'a point échappé au législateur, puisqu'il en a fait la base de ses décisions dans d'autres cas. (Art. 406,

410 et autres.) Mais il n'a pas jugé à propos d'y avoir égard dans celui-ci.

D. La même question se pose quand la réquisition est faite par des parents plus éloignés en degré que ceux mentionnés dans l'article 479. Nous la résoudrons négativement parce que, comme il est à craindre qu'ils connaissent peu le mineur, ils pourraient agir d'une manière irréfléchie et préjudiciable pour lui.

E. Si au lieu de requérir la convocation du conseil de famille, le mineur et les parents éloignés se bornent à inviter le juge de paix à le faire, que déciderons-nous? Cela revient à se demander si le juge de paix peut convoquer d'office le conseil de famille à l'effet de délibérer sur l'émancipation du mineur. Si oui, rien ne s'oppose à ce que le mineur ou toute autre personne éveille à cet égard sa sollicitude.

Dans une opinion, le juge de paix ne peut pas provoquer d'office l'émancipation ; quoique dans quelques cas il agisse d'office pour le mineur, il faudrait que la loi lui accordât spécialement ce droit ; il n'est pas expédient qu'il sorte de son rôle de juge dans un cas grave comme celui-ci où il ne s'agit pas de prendre des mesures conservatoires ou de protection. Il lui reste, d'ailleurs, la voie d'avertissement. Les lois qui touchent à l'état des personnes, et par suite à l'organisation de la famille, sont d'ordre public : il faut donc une grande réserve dans leur interprétation. Ce n'est pas aux juges qu'appartient le droit de combler leurs lacunes, ou de corriger leurs imperfections ; cette œuvre est essentiellement législative.

Une seconde opinion prétend que le conseil de famille peut être convoqué d'office par le juge de paix dans tous les cas où ce magistrat juge la convocation nécessaire ; cette initiative doit appartenir à celui que la loi nomme président de ce conseil et qu'elle charge spécialement de veiller aux intérêts du mineur, (Art 411-414.) Les articles 406, 421 et

446 qui énumèrent spécialement les circonstances où il est tenu de faire cette convocation ne sont donc pas limitatifs.

A l'objection que le juge de paix pourra alors prononcer une amende contre les personnes qui ne répondraient pas à sa convocation (art. 413) et cela dans un cas où la loi ne l'autorise pas à le faire ; que c'est étendre une pénalité par analogie, ce système répond que ce n'est point à ce point de vue tout à fait secondaire qu'il faut envisager la question, que l'amende n'est qu'un moyen d'assurer l'efficacité de la convocation qui, elle, est dans l'intérêt du mineur, et que cette considération doit primer toutes les autres. Il nous semble cependant impossible de réfuter cette objection ; l'amende ne peut être prononcée qu'à propos d'une convocation régulière, or une convocation n'est pas régulière si elle n'est pas prévue par un texte de loi.

Pour ceux qui admettent la seconde opinion, les parents éloignés, le mineur, peuvent inviter le juge de paix à faire la convocation, éveiller sa sollicitude à cet égard. On leur répond qu'il y a à craindre du côté du mineur l'excès d'impatience et de présomption et qu'un refus pourrait l'irriter et lui causer des désagréments, que des parents trop éloignés ne le connaissent pas suffisamment, peuvent agir avec légèreté, et entraîner le conseil de famille dans une délibération irréfléchie et funeste.

Mais il faut bien remarquer que le juge de paix ne sera pas obligé de déférer à cette demande ; qu'il peut ne pas y avoir de parents assez proches, que ceux qui existent peuvent montrer une indifférence coupable ; qu'enfin il y aura toujours la garantie du juge de paix et de tout le conseil. M. Marcadé, enfin, peu touché d'une dernière objection, à savoir que si les parents du degré voulu par la loi ne requièrent pas la convocation, c'est qu'ils savent que l'enfant n'est pas digne de l'émancipation, ou qu'ils sont indifférents à son intérêt, et que dans ce dernier cas il n'est pas bon de soumettre à des parents si peu soigneux la question de

l'émancipation, parce que le conseil peut n'être composé que d'amis ou de parents éloignés et que des parents qui ne pensent pas à faire émanciper un enfant peuvent très bien cependant apporter du soin à la délibération, ajoute cet argument que quand on voit qu'un cousin, même étranger au conseil, peut forcer le juge de paix de convoquer ce conseil, on ne peut refuser à ce magistrat le droit de le convoquer d'office sur la prière de tel ou tel; que d'ailleurs le conseil pourra rejeter la proposition; et il en conclut que le mineur, d'autres parents, ou même des amis, peuvent prier le juge de paix de faire la convocation.

F. A l'égard du subrogé-tuteur, une opinion pense que s'il n'a pas le droit de convocation d'après le texte, il est convenable, et conforme à sa mission de surveillance sur le tuteur qu'il puisse avertir le juge de paix et le prier de faire cette convocation. On répond que ses fonctions se bornent à surveiller la gestion du tuteur et à le remplacer dans les actes où ses intérêts se trouvent en opposition avec ceux du mineur, et qu'il n'a aucune qualité pour provoquer l'émancipation, qui ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre de ses attributions. Quant au protuteur, il n'a pas non plus le droit de demander la convocation, car il n'est pas chargé de la garde et de l'éducation du mineur et ne peut par conséquent le bien connaître.

G. Le ministère public ne pourrait procéder ni par voie de réquisition ni par voie de simple invitation; on peut le regretter, mais il est de règle qu'en matière civile il n'agit d'office que dans les cas spécifiés par la loi. Dans la cause du mineur il n'est que partie jointe.

Il est cependant entendu que si l'émancipation avait été prononcée à la suite d'une convocation faite soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public, du subrogé-tuteur ou du mineur, elle n'en serait pas moins valable.

H. D'après l'art. 478, le conseil de famille n'a le droit d'émanciper l'enfant que quand celui-ci est resté sans père ni

mère ; faut-il entendre par là non-seulement le cas où les père et mère sont morts, ce qui ne peut faire doute, mais encore tous ceux où ils se trouvent dans l'impossibilité d'émanciper, par exemple quand tous deux ou l'un d'eux seulement se trouvent absents ou interdits ?

Les auteurs qui pensent que les mots à *défaut de père*, dont se sert l'art. 677, indiquent simplement le cas où le père est mort, admettent également ici que les expressions : *resté sans père ni mère*, ne s'appliquent qu'à l'hypothèse du décès des père et mère. Les termes de l'art. 478, disent-ils, ne sont pas plus clairs ; les étendre c'est faire de l'arbitraire. Nous repoussons ce système, comme nous l'avons repoussé à propos de l'art. 471.

I. En cas de décès de l'un des époux, il est évident que l'absence déclarée ou l'interdiction du survivant ouvre pour le conseil de famille le droit de se prononcer sur l'émancipation du mineur. L'argument tiré de l'usufruit légal n'a rien à faire ici puisqu'il n'existe plus quand le conseil est appelé à statuer : en effet il ne peut émanciper qu'à l'âge de dix-huit ans. Nous en dirons autant en cas de présomption d'absence, sauf au tribunal (art. 112) à s'assurer si l'émancipation est réellement utile au mineur et s'il y a une suffisante incertitude sur l'existence de l'époux disparu.

J. Si les père et mère sont déclarés absents, c'est encore au conseil de famille qu'appartient le droit d'émancipation, car après la déclaration d'absence, l'art. 142 nous dit qu'il y a lieu à la tutelle.

K. La question devient plus délicate s'ils sont tous deux interdits ou déchus de la puissance paternelle, ou si l'un est déchu et l'autre absent, parce qu'il n'y a ici ni tutelle ni conseil de famille. « Nous reconnaissons absolument, dit M. Marcadé, au conseil de famille le droit d'émanciper quand l'un des époux est mort. Mais quand ils sont tous deux vivants, nous le leur dénions, attendu qu'il n'y a pas encore de tutelle et que dès lors il n'existe pas de conseil de famille,

et ce qui prouve que la loi entend que le conseil de famille n'émancipera que quand il y aura tutelle, c'est que l'article 479 suppose que c'est le tuteur qui devra, avant tous autres, s'occuper de faire assembler le conseil pour cet objet. »

Mais M. Demolombe s'élève avec force contre cette partie de l'opinion de M. Marcadé. Il veut que puisque le conseil peut émanciper, en cas d'interdiction de l'époux survivant, il le puisse quand tous les deux sont interdits. Il ne faut pas que l'incapacité personnelle des père et mère paralyse l'exercice de la puissance paternelle qui intéresse l'enfant et l'état; cette magistrature ne saurait être suspendue. Et bien que la loi soit muette sur ce cas extraordinaire, les principes généraux autorisent à appliquer l'article 478. « Autrement, s'écrie-t-il, quel résultat! Voilà donc l'émancipation impossible pendant toute la durée de la minorité peut-être! Est-ce logique? »

M. Dalloz répond que c'est très logique. Comment et à quel titre réunir un conseil de famille qui ne peut pas se constituer et agir puisqu'il n'y a pas de tutelle? Et d'ailleurs le conseil de famille ne pouvant prononcer l'émancipation qu'à dix-huit ans, il n'y a que trois ans à attendre pour que le mineur arrive à la majorité.

Ce système est sans doute très rigoureux pour l'enfant, puisqu'il se trouve alors dépourvu de toute espèce de protection; mais on ne peut méconnaître qu'il ne soit très conforme au texte de la loi et aux principes généraux du Code sur la tutelle. Au reste, le Code n'ayant statué que *de eo quod plerumque fit*, on pourrait dire, bien que cette solution ne nous satisfasse pas pleinement, que l'enfant ou tout autre de ses parents ou amis, ou le ministère public, pourra s'adresser au tribunal de son domicile, qui, après avoir examiné sa position, lui nommera non plus un tuteur, mais un administrateur *ad hoc* et ordonnera au juge de paix de réunir une assemblée de parents ou amis qui statuera alors sur son émancipation.

Il faudrait peut-être assimiler au cas d'interdiction celui où l'un des époux ou tous deux seraient placés dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838 ; l'incapacité sera prouvée par le certificat constatant l'entrée du malade dans l'établissement. Mais on ne doit pas pousser plus loin l'analogie et décider de même, au cas d'affaiblissement des facultés mentales ; ce serait ouvrir la porte à trop d'abus.

§ II.

I. Lorsque le droit d'émanciper l'enfant appartient au conseil de famille, l'émancipation, nous dit l'article 478, ne peut avoir lieu que quand il a atteint l'âge de dix-huit ans. « Il y aurait à craindre ici, disait M. Berlier au Corps législatif, qu'un simple tuteur pour se décharger de la tutelle ne supposât à son pupille une capacité précoce, qu'il ne le persuadât au conseil, et que l'émancipation ne devînt ainsi un funeste abandon. » En outre, il est moins bon juge que les père et mère de la capacité du pupille : et enfin ceux-ci restent toujours à l'enfant émancipé des guides et des conseils dévoués ; on n'en saurait attendre autant d'un curateur quel qu'il soit.

II. Au point de vue des formes « l'émancipation, dit l'article 478, résultera de la délibération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le juge de paix comme président du conseil de famille aurait faite dans le même acte que le mineur est émancipé. » Il est bien entendu que cette délibération doit être prise à la majorité des voix.

A. C'est à l'aide du procès-verbal de la délibération du conseil de famille que doit, en règle générale, se prouver l'émancipation. C'est donc au conseil de famille de décider quand le mineur est capable d'être émancipé et en est digne. Il peut notamment refuser l'émancipation à la mineure qui s'est laissé séduire.

B. Mais cette décision du conseil de famille qui accorde ou refuse l'émancipation est-elle souveraine ou est-elle susceptible d'un recours devant les tribunaux? Lorsqu'elle a été prise à l'unanimité, elle est inattaquable; les membres du conseil, exerçant pour ainsi dire la puissance paternelle, jugent sans appel. Tel est l'avis de M. Demolombe, quelle que soit la délibération; c'est aussi l'avis de MM. Aubry et Rau. Ils reconnaissent cependant que les tribunaux sont autorisés à retirer aux pères et mères l'exercice du droit d'émancipation, ou du moins à en modifier les effets pour assurer l'exécution de leurs décisions en ce qui concerne le droit de garde ou pour garantir les intérêts des enfants.

Quid lorsqu'il s'est formé deux opinions dans le conseil? L'ancien droit permettait de déférer au tribunal l'avis de la majorité. Le code civil n'a pas reproduit cette faculté, mais un grand nombre d'auteurs pensent qu'elle résulte des termes de l'article 883 du code de procédure qui dit : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent doit être mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, peuvent se pourvoir contre la délibération par une demande formée contre les membres de la majorité. »

Cette solution nous paraît devoir être adoptée. On objecte que l'article 883 ne se réfère qu'aux simples avis de parents qui, dit-on, ne sont pas obligatoires, et non au cas où le conseil a un pouvoir de décision propre; mais ses termes sont si généraux et si précis que toute équivoque nous paraît impossible.

La rubrique du titre ne parle, il est vrai, que des *avis des parents;* mais par une singulière contradiction, les articles n'emploient que le mot *délibérations.* L'intention du législateur a donc été de soumettre au contrôle des tribunaux toutes les décisions non prises à l'unanimité. Dans ce cas, en effet, on ne peut plus avoir la même confiance dans

le conseil de famille ; il est d'autant plus opportun d'assurer au mineur la protection de la justice qu'il s'agit non seulement de son avantage pécuniaire, mais aussi d'un grand intérêt moral. Cette considération tirée de l'intérêt du mineur répond à cette objection que les membres de la majorité seront obligés de faire connaître leur avis devant le tribunal, ce qui pourra avoir de grands inconvénients.

Enfin on prétend que la décision des père et mère étant souveraine, celle du conseil de famille qui tient ici leur place doit l'être aussi. Cet argument repose sur un principe faux et la loi elle-même y a répondu, puisqu'elle change les conditions de l'émancipation selon qu'elle doit être faite par les père et mère ou par le conseil de famille. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 22 février 1854 a formellement consacré notre système (Demante, Valette, Massé).

G. Le conseil de famille pourrait-il, tout en accordant l'émancipation, apporter quelques restrictions aux prérogatives que le Code attache à cette faveur? par exemple, la conférer sous condition ou pour un certain temps, ou pour certains actes seulement? Les termes du second alinéa de l'article 478, la rédaction de la formule sacramentelle qui constitue la déclaration d'émancipation, bien que l'émancipation ne soit pas un *actus legitimus;* l'intérêt des tiers qui ne doivent pas avoir à s'enquérir des modifications qu'il plairait au conseil de famille de faire subir à l'émancipé, et qui ne doivent, quant à la capacité de ce dernier, avoir à consulter que le Code, sont autant de raisons qui portent à penser que l'émancipation ne doit pas être conditionnelle. L'avis contraire a été soutenu; mais M. Dalloz le combat : autrement il y aurait bientôt autant d'espèces d'émancipations que d'individus émancipés. Ceux qui émancipent n'ont à délibérer que sur ce point, les pères et mères comme les autres : « le mineur est-il capable, oui ou non? » Le surplus est du domaine de la loi, à laquelle doit être spécialement réservé tout ce qui concerne l'état et la capacité des per-

sonnes, qui ne sauraient être l'objet de clauses quelconques de la part des particuliers.

SECTION III

Il nous reste à dire un mot des enfants naturels et des enfants abandonnés placés dans les hospices.

I. Si l'enfant naturel simple a été légalement reconnu, alors on suivra les mêmes règles que s'il était légitime. S'il a été reconnu par son père et sa mère, le droit de l'émanciper appartiendra au père, ou à son défaut à la mère; s'il n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, celui-là seul aura le droit de l'émanciper. En effet, ce droit dérive de la puissance paternelle, et plus spécialement du droit d'éducation; or, l'article 383 assimile à cet égard les parents naturels aux parents légitimes.

« Seulement, dit M. Demolombe, si la garde de l'enfant leur avait été retirée, il y aurait lieu d'invoquer la réserve que nous avons déjà faite pour ce cas, et d'examiner si l'émancipation ne constituerait pas de leur part un abus répréhensible. »

Lorsque les parents qui ont fait la reconnaissance sont morts ou que l'enfant naturel simple n'a pas été reconnu, ou bien encore lorsque l'enfant est incestueux ou adultérin, le droit de l'émanciper ne peut appartir qu'à un conseil de famille composé d'amis ou de personnes notables du lieu où le mineur a son domicile. En effet, cet enfant ne se rattache à personne, puisqu'il n'a plus de parents ou que la loi ne peut les rechercher. C'est ici surtout que se fait sentir l'utilité pratique de l'opinion qui donne au mineur lui-même le droit d'inviter le juge de paix à réunir le conseil de famille et à proposer l'émancipation.

II. Quant aux enfants admis dans les hospices, ils sont régis par la loi du 15 pluviôse an XIII, dont l'article 4 con-

fère aux commissions administratives tous les droits des père et mère. Les enfants peuvent donc être émancipés dès l'âge de quinze ans, ce qui résulte de l'exposé des motifs de cette loi. L'émancipation est faite sur l'avis des membres de la commission par celui d'entre eux qui a été nommé tuteur et est seul obligé de comparaître devant le juge de paix. L'acte d'émancipation est délivré sans autres frais que ceux d'enregistrement et de papier timbré.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA CURATELLE

CHAPITRE PREMIER

L'émancipé se trouve placé dans un état intermédiaire entre celui de mineur ordinaire et de majeur : il n'acquiert que d'une manière restreinte le gouvernement de sa personne et de ses biens, et il a besoin de l'assistance d'un curateur pour faire les actes les plus importants. Pour ces actes, l'émancipation ne peut produire ses effets que quand la curatelle a été constituée, de sorte que la nomination du curateur devient une suite nécessaire et comme le complément de l'émancipation elle-même.

« Sur ce point, dit M. Demolombe, le code civil est d'un laconisme et, il faut bien l'avouer, d'une obscurité et d'une insuffisance regrettables. » C'est à l'interprétation à suppléer; comme la curatelle est, surtout ici, une charge publique, et qu'elle a par conséquent un rapport essentiel avec la tutelle, nous nous guiderons à cet égard d'après les principes généraux et les analogies tirées de la tutelle.

I. D'abord, comment le curateur peut-il être nommé?

1° Pour toute réponse, l'article 480 nous dit incidemment que ce sera par le conseil de famille. Nous en conclurons qu'il n'y a pas de curatelle testamentaire; par conséquent le dernier mourant des père et mère ne peut nommer un curateur à son enfant par testament; on ne peut donc déjà dire, comme l'a fait Delvincourt, que toutes les règles établies en

ce qui concerne la nomination du tuteur sont applicables aux curateurs. Le silence de la loi est trop formel pour qu'on ait jamais imposé la possibilité d'une curatelle testamentaire.

2° Les père et mère ne pourraient pas davantage faire cette nomination soit dans l'acte d'émancipation, soit par une déclaration devant le juge de paix ou devant notaire. (Caen, 27 juin 1812 ; Limoges, 2 janvier 1821.) On dirait en vain que l'article 480 n'est conçu en termes généraux que parce qu'il devait être en harmonie avec les deux articles précédents, et qu'il y a lieu d'appliquer l'article 397, en vertu de la puissance paternelle ; car on ne peut nommer de curateur avant l'émancipation, et l'émancipation éteint la puissance paternelle ; le Code a pris soin d'énoncer le cas particulier du consentement au mariage pour lequel elle est prorogée. On peut s'appuyer en outre sur la discussion du conseil d'État. Enfin, l'opinion contraire ménerait à dire que le père peut valablement rendre compte à son enfant mineur seul ; car le père est souvent comptable et pourrait ainsi choisir lui-même le mandataire auquel la loi confie le soin de défendre l'inexpérience du mineur dans l'examen du compte de tutelle ; ce serait inconvenant et dangereux.

3° Existe-t-il ou non une curatelle légitime ? Question délicate, vu l'absence de textes.

a. Voici d'abord un cas sur lequel le législateur s'est expliqué formellement : lorsqu'un enfant émancipé est admis dans un hospice, l'article 5 de la loi du 5 pluviôse an XIII déclare que le receveur lui servira de plein droit de curateur.

b. En second lieu, on reconnaît généralement que le mari majeur est curateur de droit, curateur légitime de sa femme mineure émancipée par le mariage. Cette décision est commandée par des raisons de convenance et par le respect dû à la puissance maritale aussi bien que par la tradition de l'ancien droit.

De plus le Code la consacre implicitement dans l'ar-

ticle 2208 qui ordonne que l'expropriation des immeubles de la femme qui ne sont pas entrés en communauté se poursuive, au cas de minorité de la femme, contre elle et son mari qui procède alors avec elle. Le mari remplit ici le rôle de curateur puisque, à moins qu'il ne s'y refuse formellement, il n'en est pas nommé d'autre à la femme, et l'article ajoute même qu'on ne doit lui nommer un tuteur, c'est-à-dire un curateur, qu'en cas de minorité du mari lui-même, et encore ce ne sera qu'un curateur *ad hoc* et non un curateur général *ad omnes res*, car l'autorité de ce curateur se concilierait mal avec la puissance du mari. La loi n'ordonne pas de prendre l'avis du conseil de famille, et nomme un curateur pour remplir le vœu de l'article 482. Il n'y a pas à distinguer si les actes faits par l'épouse mineure ont dû ou non être préalablement autorisés par lui. Quant aux actes pour lesquels l'autorisation maritale est nécessaire, l'époux intervient pour assister sa femme mineure émancipée et l'autoriser comme femme mariée [1]. Enfin l'article 506 dit formellement que le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite, ce qui achève de lever tous les doutes. M. Demolombe cite un arrêt de la Cour suprême dans une affaire Segons (Req., 13 janvier 1840), mais la question n'a pas même été soulevée. Le mari étant de droit curateur de sa femme mineure, il a été jugé qu'on doit annuler la délibération du conseil de famille qui nomme dans ce cas le père curateur.

La proposition inverse serait inexacte, la femme majeure ne serait pas de droit curatrice de son mari en minorité. En effet aucun texte ne lui confère cette fonction directement ou indirectement ; puis les raisons de convenance qui exigent que le mari ait la curatelle de sa femme, n'exigent

[1] Il y a donc un texte, dit M. Demolombe, qui institue la curatelle légitime du mari. On pourrait dire, il est vrai, qu'il la suppose instituée plutôt qu'il ne l'institue lui-même mais qu'importe ? Le texte n'en est pas moins là.

pas que celle-ci ait la curatelle de son mari, d'autant plus qu'elle peut très bien n'être nullement propre à remplir cette charge. Enfin cette fonction en général n'est pas déférée aux femmes.

C'est même une question de savoir si le conseil de famille pourrait nommer la femme curatrice de son mari et la négative semble plus probable. Si l'on applique par analogie les principes de la tutelle, on voit que les ascendantes seules peuvent être nommées tutrices (art. 442, 3°). Il est vrai que l'article 507 dit que la femme pourra être nommée tutrice de son mari interdit ; mais c'est là une exception faite pour une situation spéciale alors que le mari ayant perdu la raison n'a plus les puissances paternelle et maritale, ni le gouvernement de sa personne et de ses biens. Le mari mineur émancipé est toujours, au contraire, le chef de la maison, celui à qui la femme et les enfants doivent obéir. La protection qu'il doit trouver dans la curatelle serait donc complètement illusoire, n'offrirait aucune garantie. L'objection de l'appréciation qu'en pourrait faire le conseil de famille avant de nommer la femme curatrice, ne saurait faire tomber ces considérations qui sont puisées dans les rapports essentiels que le mariage établit entre l'homme et la femme et sont, par conséquent, générales et permanentes. De plus on ne peut placer le mari sous la dépendance de sa femme, il est chef de famille, ce serait contraire à sa dignité. Il ne faut pas admettre un changement qui ferait, dit M. Demolombe, que la femme devînt le chef de l'homme. (Trib. de Semur, 1861.)

Par analogie, dans l'ancienne jurisprudence, Domat enseignait « que le fils ne peut être nommé curateur de son père déclaré prodigue, quoiqu'il puisse l'être de son père en démence. » Aussi la Coutume de Bretagne (art. 523), qui n'a pu être suivie par le Code, donnant la femme pour curatrice au mari prodigue, avait-elle mérité le reproche que lui faisait spirituellement Meslé de changer le cours de la nature. (2e part., ch. 13, n° 15.)

c. Revenant à notre question, demandons-nous s'il n'existe pas une curatelle légitime en faveur de quelque ascendant, et examinons les diverses opinions qui se sont produites à cet égard.

A. La plus simple, la plus nette, enseigne que la curatelle est toujours dative, que le père lui-même ne peut pas être curateur légitime de son enfant émancipé ; car aucun texte de loi n'établit une curatelle légale, comme une tutelle légale. L'article 480 dit que le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille. La rédaction primitive érigeait la curatelle légale en principe et la donnait au tuteur sortant de charge. Mais cette disposition fut changée et on fit remarquer que l'addition des mots : *qui lui sera nommé par le conseil de famille* dissiperait jusqu'au plus léger doute [1]. De plus l'article 480 est le seul qui parle de la nomination du curateur, et tous ceux qui le suivent (art. 482, 840, 935) supposent ce curateur déjà nommé. L'article 480 est le point de départ du système. Il suit de là que le curateur est toujours datif, puisque une fois nommé par le conseil de famille il conserve cette charge. Enfin, d'après M. Dalloz, on ne pourrait suppléer au silence du Code sur le mode de nomination du curateur en recourant aux règles relatives au mode de désignation des tuteurs, sans admettre comme curateurs légitimes tous ceux auxquels la qualité de tuteur légitime a été conférée, car pourquoi distinguer entre le père, la mère et les ascendants dans une matière complètement indépendante du droit de puissance paternelle ? Bien plus, il faudrait même accorder l'existence d'une curatelle testamentaire, car pourquoi distinguer entre les diverses natures de tutelles ? Or, les auteurs ont presque unanimement reculé devant ces conséquences, qu'un texte positif de loi pourrait seul, en effet, permettre d'accepter. Enfin, et

[1] Locré, *Législ. civ.*, tome VII, p. 146 et 227.

malgré la confiance que doit inspirer la sollicitude paternelle pour les intérêts du mineur, n'est-il pas plus opportun de laisser au conseil de famille le soin d'examiner s'il convient de placer, sous l'assistance de son père, un fils nouvellement initié à l'exercice de ses droits, et qui pourrait ne pas toujours jouir d'une liberté d'action suffisante, à côté d'un curateur dont les dissentiments l'exposeraient à de regrettables conflits? La crainte de pareils conflits ne conduirait-elle même pas à dire que, loin de reprocher au législateur de n'avoir pas donné de plein droit au père les fonctions de curateur on serait enclin à désirer que le conseil de famille déférât plutôt à un étranger qu'au père, la curatelle du fils émancipé?

B. Cependant, le système le plus radical enseigné par Delvincourt applique au mode de nomination du curateur toutes les règles établies pour le tuteur et décide en conséquence que la curatelle légitime de l'émancipé appartient à ses père et mère et, à leur défaut, à ses autres ascendants. Il y a, dit-on, identité de motifs entre les deux cas, et les fonctions de curateur sont moins importantes. Puis le silence complet du Code indique bien que l'on a voulu ici se référer aux règles de la tutelle. En effet, l'article 480 ne s'occupe en réalité que de la nomination d'un curateur *ad hoc* chargé de recevoir les comptes de tutelle. Cette nomination est nécessaire, même dans le système qui admet une curatelle légale. Car, s'il s'agit d'un tuteur légitime, il ne peut assister comme curateur le mineur émancipé dans la reddition de son propre compte. Si au contraire c'est un étranger qui était tuteur, ou il sera nommé curateur, et alors il faut nommer un curateur *ad hoc* au mineur émancipé pour recevoir le compte de cet ancien tuteur, ou il ne sera pas chargé de la curatelle, et dans ce cas il est tout simple que ce soit le conseil de famille qui nomme le curateur. Rien, croyons-nous, ne justifie cette interprétation de l'article 480; et sauf l'hypothèse particulière où le conseil de famille entendrait confier la curatelle,

soit au père administrateur légal ou tuteur, soit à tout autre tuteur en exercice à l'époque de l'émancipation, l'intervention d'un curateur *ad hoc* pour assister l'émancipé recevant son compte de tutelle ne doit pas être entrée dans les prévisions de la loi.

C. D'autres auteurs, tout en adoptant ce système, le restreignent, et ne donnent la curatelle légitime qu'aux père et mère seuls, la loi n'ayant donné qu'à eux le droit d'émancipation.

D. Il se produit encore une dissidence dans cette opinion, et Zachariæ va jusqu'à exclure la mère de la curatelle légitime et ne l'attribue qu'au père seul.

E. Enfin Marcadé a proposé un système basé sur une distinction plus conforme au texte. Suivant lui l'article 480 n'entend pas parler de tous les cas d'émancipation ; il se lie aux deux articles précédents et n'entend parler comme eux que de l'émancipation accordée à un mineur en tutelle. De deux choses l'une : ou le mineur a été émancipé pendant le mariage par son père, ou, à son défaut, par sa mère ; alors c'est celui qui l'a émancipé qui sera son curateur légitime ; ou l'émancipation a été conférée après la dissolution du mariage, même par le survivant des père et mère ; et alors le curateur est forcément datif. En effet, dans le premier cas, comment le père et à son défaut la mère qui exerce, sans aucun contrôle de la famille, la gestion des biens de l'enfant, se verrait-il enlever par suite d'une émancipation qui n'émane que de sa volonté, jusqu'au droit d'assister cet enfant comme curateur ? Comment le conseil de famille qui n'existe pas encore et n'est pour rien dans l'émancipation se trouverait-il tout à coup sorti de dessous terre, réuni on ne sait ni par qui ni comment, investi du droit de contrôler ce père comme curateur et même de ne pas lui donner la curatelle ? Les textes ne confèrent (art. 405, 421, 480) au conseil de famille le droit de nommer le curateur qu'à propos du compte de tutelle : or, pendant le mariage, il n'y a pas de

tutelle. (Voir aussi la déclaration du Tribunat.) Dans le second cas, au contraire, il y a tutelle et par conséquent il faut rendre compte.

Quelque séduisante que paraisse au premier abord cette doctrine, elle soulève de graves objections qui sont de nature à la faire rejeter, et MM. Aubry et Rau n'hésitent pas à gratifier d'arbitraire la distinction qu'elle renferme. M. Demolombe répond qu'il est difficile d'être satisfait de ce système ; qu'en effet si le père ou la mère qui émancipe l'enfant pendant le mariage est curateur légal, il semblerait peu rationnel que le père ou la mère qui l'émancipe après le mariage, surtout lorsqu'il était déjà tuteur légal, ne fût pas également alors curateur légal ; car, dans l'un et l'autre cas, l'émancipation procède du droit de puissance paternelle. Ce serait réellement très peu logique ; et on peut dire aussi, dans les deux cas, avec une égale force, que la curatelle légitime n'est que la continuation des mêmes rapports, plus affaiblis seulement, entre le père ou la mère et l'enfant. L'article 480 suppose, il est vrai, un conseil de famille et un compte à rendre ; mais l'émancipation ne donne-t-elle pas lieu à la nomination de ce conseil, et le père, administrateur légal des biens de son enfant, ne peut-il pas avoir des comptes à lui rendre ? Si la curatelle n'est pas déférée au père ou à l'ancien tuteur, cela peut s'expliquer par ce motif qu'avant l'émancipation l'irresponsabilité du mineur était la sauvegarde de son intérêt, tandis qu'il va désormais avoir une certaine capacité et que le père émancipateur aurait pu en profiter pour faire avec son enfant des opérations ruineuses pour celui-ci. On comprend donc que la loi ait donné au conseil de famille le droit de nommer un curateur à l'abri de tout soupçon. Enfin, le chapitre du code civil consacré à l'émancipation prévoyant l'hypothèse d'émancipations faites pendant et après le mariage (art. 477, 478, 479), il est peu probable qu'il ait admis entre l'une et l'autre, quant au mode

de nomination du curateur et en ce qui concerne les père et mère, une différence aussi difficile à justifier [1].

En résumé, en dehors des deux exceptions que nous avons signalées, il n'y a pas de curatelle légitime ; car aucun texte de loi ne l'a établie. Le curateur devra donc toujours être nommé par le conseil de famille, et la preuve de la nomination résultera du procès-verbal de la délibération rédigé par le greffier de la justice de paix.

4° Remarquons que le curateur, qui est nommé pour assister le mineur émancipé dans la réception du compte de tutelle, n'est pas nécessairement nommé pour rester jusqu'à la majorité du mineur ; autrement il faudrait dire, ce qui serait absurde, que le tuteur sortant de charge, fût-ce le père ou la mère, est par cela même qu'il est tenu de rendre compte, exclu pour toujours de la curatelle. Le conseil de famille peut donc, lorsqu'il le juge convenable, nommer un curateur *ad hoc* pour la réception du compte et choisir pour curateur général et permanent le tuteur sortant de charge.

Par ce moyen, le père pourra être curateur de l'enfant qu'il émancipe ; et cela sera souvent fort désirable, semble dire M. Demolombe qui s'écrie : « C'est déjà bien assez qu'on n'ait pas appelé le père ou la mère à la curatelle légale. » C'est sans doute en ce sens que M. Duranton a écrit que le père doit avoir la curatelle s'il la demande.

II. Demandons-nous maintenant quel sera le juge de paix compétent pour recevoir l'émancipation, question que nous avons négligée dans notre première partie pour la traiter en même temps que celle-ci qui en découle : quels seront le siège et le personnel du conseil de famille appelé à nommer

[1] Si l'article 480 n'a prévu que l'hypothèse d'un compte de tutelle c'est que c'est le premier acte pour lequel l'émancipé a besoin d'un curateur, et on conçoit que le Code se soit précisément à cet endroit occupé de la nomination du curateur ; mais il ne faut pas lui prêter une distinction qu'il n'a pas faite. Ceci résulte encore du rapprochement de cet article avec l'article 482.

le curateur ? Les opinions sont partagées ici comme en matière de tutelle. Marcadé enseigne que « pendant l'émancipation, la compétence du juge de paix, et par suite le siège et la composition du conseil de famille suivront le domicile du mineur, tant qu'il n'y aura pas eu nomination de curateur ; mais que du moment où un curateur aura été nommé par le conseil, le siège de ce conseil devra rester invariable. » Il le décide ainsi par analogie avec le droit qu'il attribue au tuteur légitime ou testamentaire, à l'exclusion du tuteur datif, de déplacer le siège de la tutelle, Mais le principe qui sert de fondement à son système est contraire à la loi ; car les articles 406 et 407, généraux et applicables à tous les tuteurs, fixent invariablement le domicile de la tutelle au lieu où elle s'est ouverte, et par suite le siège du conseil de famille. Or, pourquoi donnerait-on au mineur émancipé un droit qu'on refuse au tuteur lui-même, celui de modifier par un changement arbitraire de domicile la composition du conseil ?

MM. Valette et Demolombe sont d'avis que le domicile de la tutelle doit dans tous les cas rester le même, ce qui est dans l'intérêt du mineur. C'est la doctrine la plus rationnelle et c'est aussi celle que nous adopterons pour l'émancipation, le Code ne s'étant pas expliqué à cet égard. Le juge de paix compétent pour convoquer le conseil de famille à l'effet de nommer un curateur au mineur émancipé est donc toujours celui du lieu de l'ouverture de la tutelle, ou du domicile du père ou de la mère (art. 477) ; si l'émancipation a lieu pendant le mariage, c'est en ce lieu que doit être formé le conseil des parents, alliés ou amis qui s'y trouvent. Le mineur émancipé ne peut donc, en changeant de domicile, changer la compétence du juge de paix et la composition du conseil. Nous sommes d'autant mieux fondés à suivre les règles de la tutelle, que « la vérité est, dit M. Demolombe, que la tutelle dure encore, sous ce point de vue, même après l'émancipation, en tant que le mineur émancipé demeure

placé sous la protection du conseil de famille. » (Arg. de l'art. 484, 1°.) Il a été jugé conformément à ce système que le conseil de famille du lieu de l'ouverture de la tutelle est seul compétent pour nommer un curateur au mineur émancipé, et qu'en conséquence la nomination faite au domicile qu'avait le tuteur lors de l'émancipation est nulle (Req., 17 décembre 1849 ; affaire Gass.), alors même que les intérêts du mineur auraient pu en souffrir. (Rés. par la Cour d'appel seulement.)

III. Le Code n'impose à personne le devoir de faire convoquer le conseil de famille pour la nomination du curateur. Zachariæ en donne ce motif que le mineur ou d'autres personnes ont toujours intérêt à provoquer cette nomination. M. Demolombe pense que les mêmes personnes qui ont le droit de requérir le juge de paix, de convoquer le conseil de famille pour faire nommer un tuteur ont le même droit, par une évidente analogie, quand il s'agit d'un curateur. (Art. 406.)

CHAPITRE II

Après avoir vu comment est constituée la curatelle, il nous reste à examiner les différents caractères de cette fonction.

A. Est-ce une charge publique, obligatoire comme la tutelle ? Il est vrai que l'art. 1370 ne cite parmi les fonctions qui peuvent être refusées que celles des tuteurs et administrateurs, ce qui ne semble pas devoir s'appliquer au curateur puisqu'il n'administre pas; le tuteur fonctionne *negotia ipse gerendo*; le curateur ne fonctionne jamais, il s'interpose par ses avis, *consilia interponendo*. Il n'agit pas pour le mineur; il l'assiste, il le rend capable d'agir. Or toute charge

pour être forcément obligatoire doit être déclarée telle par le législateur. Dans le silence de la loi il ne peut pas y avoir nécessité absolue d'accepter, car l'interprétation qu'on donnerait à la loi dans un sens contraire se trouverait sans sanction.

Cependant l'opinion contraire est préférable, car la curatelle répond au même besoin social que la tutelle; elle n'en n'est dit M. Demolombe, qu'une suite et un *diminutif* et il est, à présumer que le législateur a aussi prétendu la rendre obligatoire. Si les rédacteurs du Code n'en n'ont pas parlé, c'est qu'ils ont imité l'ancien droit qui avait fini par ne plus distinguer entre la tutelle et la curatelle : « tuteur, curateur n'est qu'un » disait Loysel. D'ailleurs l'art. 34 de la loi de 1838 sur les aliénés et l'art. 34 4° du Code pénal montrent suffisamment l'idée du législateur. Zachariæ dit également : « Les causes qui peuvent autoriser une personne à refuser une curatelle, ou à s'en décharger, sont remises à l'appréciation de l'autorité chargée de nommer le curateur, » ce qui suppose bien que la curatelle est obligatoire.

Les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution admises en matière de tutelle doivent être étendues à la curatelle; car les mêmes motifs existent, bien que diminués, et il est inadmissible que la loi ait voulu confier cette charge à des personnes suspectes ou indignes. L'assimilation faite par les art. 34 et 42 du Code pénal entre la tutelle et la curatelle confirme cette induction.

Quid, maintenant, des causes d'excuses? Ceux qui ne regardent pas les fonctions de curateur comme obligatoires ne s'en préoccupent pas, la personne nommée n'ayant pas besoin d'être excusée. Parmi les autres, M. Marcadé dit qu'aucun texte ne permettant l'assimilation, les causes d'excuses doivent être laissées à l'arbitrage des conseils de famille et des tribunaux; on ne peut plus même invoquer les arguments tirés des art. 34 et 42 du Code pénal en matière d'incapacité : et enfin les fonctions du curateur ne

sont ni aussi difficiles à remplir ni aussi absorbantes que celles du tuteur. Mais c'est là une solution arbitraire et il est préférable d'appliquer encore ici par analogie les règles de la tutelle, d'autant plus que les rédacteurs du Code se sont inspirés de l'ancienne jurisprudence qui était unanime sur ce point.

B. La curatelle a pour second caractère d'être une charge générale et permanente. Le curateur est unique et comme il n'administre pas, comme il se borne à contrôler et à surveiller, il n'a pas de subrogé-curateur. Généralement il reste en fonctions jusqu'à la fin de la curatelle; en effet après l'art. 480 qui nous dit que le mineur pour recevoir son compte de tutelle, devra être assisté d'un curateur, l'art. 482 vient nous parler d'actes qu'il ne peut pas faire « sans l'assistance de son curateur. » Il n'en faudrait cependant pas conclure que le mineur émancipé devra toujours avoir le même curateur. Il faut qu'il ait constamment un curateur; mais ce curateur peut bien être changé par le conseil de famille. En outre lorsque une opposition d'intérêt entre le curateur et le mineur vient à se présenter on nomme à celui-ci un curateur *ad hoc* chargé de le remplacer dans cette circonstance. Cette nomination appartient au conseil de famille, à moins qu'une disposition spéciale n'ait prescrit un autre mode de nomination. (Ch. du cons., Leduc, 24 fév. 1854.)

CHAPITRE III

Quelle est maintenant la mission du curateur? Elle est générale, avons-nous dit, c'est-à-dire qu'elle s'étend à toutes les affaires. Mais le curateur, nous l'avons déjà fait remarquer, n'est jamais le représentant de l'émancipé; il ne fait que l'assister, en l'éclairant, dans les actes pour lesquels

son assistance est requise; comme le tuteur romain, *auctor est.* Il ne le remplace pas, se contentant de l'initier au maniement des affaires. Il n'y a donc plus lieu de distinguer, comme dans l'ancien droit, les curateurs aux causes d'avec les curateurs comptables qui ressemblaient fort aux tuteurs.

Puisque le mineur émancipé agit par lui-même, puisque le curateur n'intervient que pour compléter sa capacité, celui-ci n'a pas le droit de lui imposer sa volonté; il n'est pas donné à la personne, mais aux biens, aussi son rôle et sa responsabilité sont-ils bien moindres que ceux du tuteur. Comme il n'administre pas, il n'a pas le maniement des fonds, dit M. Demolombe, et par suite ne doit pas de comptes. On ne lui applique donc pas les art. 472, 475 et 907. Cependant il faut apprécier les devoirs et les obligations du curateur d'après le but que la loi a dû se proposer, en instituant la curatelle, et déclarer le curateur soumis à la responsabilité de droit commun (art. 1382, 1383 et 1992). Le mineur pourrait donc lui demander réparation du dommage causé non seulement par sa fraude ou son dol, mais encore par sa faute grave [1]. Il a été décidé qu'un jugement qui constate en fait qu'un individu a géré des affaires comme curateur pendant l'émancipation d'un mineur, et comme mandataire à sa majorité peut, comme conséquence de ce fait, condamner le mandataire à rendre compte comme curateur et comme mandataire bien qu'en la première de ces qualités il n'eût, à proprement parler, aucune gestion à conduire. (Req., 6 février 1843.)

Lorsque l'émancipé est héritier, donataire ou légataire de quelque bien, et que les droits de mutation ne sont pas payés dans le délai prescrit, la loi du 22 frimaire an VII (art. 27) déclare le curateur personnellement responsable des amendes encourues.

[1] En tant qu'il ne s'agit que de simple assistance, remarquent MM. Aubry et Rau, le rôle du curateur est analogue à celui du conseil de tutelle donné à la mère tutrice, et sa responsabilité doit être régie par les mêmes règles.

Nous pouvons donc poser ce principe général que lorsque la loi impose au curateur l'obligation de prendre par lui-même une mesure quelconque, pour la garantie des intérêts du mineur, sa responsabilité doit être appréciée d'après les règles qui régissent celle du tuteur et sa simple négligence peut le rendre passible de dommages-intérêts. Il en serait ainsi dans le cas où contrairement aux dispositions de l'art. 482, le curateur aurait négligé de surveiller l'emploi du capital touché sous son assistance par l'émancipé. « Dans cette hypothèse, ajoutent MM. Aubry et Rau, les art. 1382 et 1383 demeurent évidemment applicables. L'on ne saurait admettre que l'obligation imposée au curateur par l'art. 482 soit dépourvue de la sanction de ces articles qui s'appliquent, ainsi que cela est généralement reconnu, au défaut d'accomplissement des devoirs résultant de fonctions ou de charges publiques. Des auteurs n'ont pas assez bien distingué les deux hypothèses indiquées au texte et c'est par cette raison que leurs solutions manquent de précision et d'exactitude. » — « Il importerait peu du reste, termine M. Marcadé, que la faute reprochée au curateur consistât à avoir donné son assistance alors qu'il aurait dû la refuser ou à l'avoir refusée quand il aurait dû la donner. Toullier commet donc une erreur, selon nous, quand il déclare qu'il n'y a aucune responsabilité pour le curateur[1]. »

Le curateur n'étant chargé ni de gérer les biens ni de représenter l'émancipé soit en justice soit hors de justice, MM. Aubry et Rau décident que dans les actions dirigées contre un mineur émancipé, il ne suffit pas d'assigner le curateur seul. Il a cependant été jugé que le mineur émancipé et son curateur chez lequel il a son domicile sont valablement assignés par un seul exploit signifié au mineur en la personne de son curateur, quoiqu'il s'agisse d'une action immobilière[2].

[1] La prescription exceptionnelle de l'art 475 ne serait pas applicable.

[2] Mais c'est en son nom personnel que doit être assigné un émancipé et

Le curateur ne peut se rendre adjudicataire des biens de l'émancipé, disent certains auteurs. MM. Aubry et Rau soutiennent au contraire que la prohibition établie par les art. 450, 2° et 1596 ne frappe pas le curateur, car le rapprochement des art. 1594 et 1596 prouve jusqu'à l'évidence que les incapacités prononcées par le dernier de ces articles sont limitatives.

La loi n'accorde l'hypothèque légale des mineurs et interdits qu'à ceux-ci expressément, et ne la leur confère que sur les biens de leurs tuteurs. Or, comme les dispositions qui établissent des droits de préférence ne sont susceptibles d'aucune extension on doit décider que le mineur émancipé n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son curateur.

La curatelle cesse par la mort, la majorité du mineur et par la révocation de l'émancipation comme aussi par la mort, l'incapacité, la destitution ou les excuses du curateur.

son curateur ne doit l'être que pour l'assister. Conséquemment un individu qui s'est borné à signifier au curateur d'un mineur l'arrêt de l'admission de son pourvoi pour une contestation de succession doit être déclaré déchu.

TROISIÈME PARTIE

DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

L'émancipation a pour effet principal de mettre fin à la puissance paternelle ou à la tutelle, ou à l'une et l'autre à la fois ; elle donne au mineur, dans une certaine mesure, le droit de se gouverner lui-même et d'administrer sa fortune. Nous avons donc à rechercher en quoi consiste la capacité de l'émancipé relativement à sa personne et relativement à ses biens.

CHAPITRE PREMIER

Effets relatifs à la personne du mineur.

Le mineur se trouvant délivré de l'autorité paternelle ou tutélaire est désormais indépendant et maître de ses actions. Nous disons autorité, pour indiquer la puissance paternelle *sensu stricto* (art 371 et 372). M. Marcadé a dit que l'émancipation plaçait le mineur dans un état mitoyen entre le majeur et le mineur ordinaire ; mais cela n'est vrai qu'à l'égard de l'administration des biens, car, quant à la personne, elle est réellement affranchie des entraves de la minorité. L'émancipation, quant à la personne même du mineur, c'est la majorité.

A. Par conséquent il n'est plus soumis aux droits de garde et de correction. (Art. 372, 374, 375 et suiv., 450, 458.) Il

est libre dans sa personne, dans ses actions, dans sa conduite comme un majeur. Il peut fixer sa résidence et son domicile (art. 108) où bon lui semble et employer son temps aux occupations qui lui conviennent. Il peut prendre un état, exercer une industrie, louer ses services, faire un contrat d'apprentissage. Cependant des conditions spéciales sont exigées, comme nous le verrons plus loin, pour l'état de commerçant ; mais encore le droit de faire le commerce est-il reconnu formellement dans sa personne par l'article 487.

B. Bien que l'émancipé ait le gouvernement de sa personne, il est néanmoins certains engagements tellement graves qu'il y aurait imprudence à les lui laisser contracter seul. (Il en est de même, au reste, pour les majeurs, art. 488.) Aussi ne peut-il contracter mariage (art. 160 et 1398), ni s'engager par des vœux dans une congrégation religieuse ou entrer dans les ordres sacrés (décrets des 18 février 1809, art. 7, et 28 février 1810, art. 7), ni se donner en adoption (art. 346) sans le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille. De même l'émancipation laisse subsister les droits dont les père et mère continuent de jouir même après la majorité et l'extinction de la puissance paternelle proprement dite.

C. L'émancipé peut-il seul contracter un engagement volontaire lorsqu'il a atteint l'âge fixé par la loi ? Avant la loi de 1872, la même question pouvait se poser pour le remplacement militaire.

La négative enseignée par un grand nombre d'auteurs s'appuie sur l'article 374 du Code civil, qui dit que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus ; puis sur la loi du 27 juillet 1872 (art. 46) qui, modifiant l'article 374, déclare que l'engagé volontaire âgé de moins de vingt ans doit justifier du consentement de ses père et mère ou tuteur, et que ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille.

Ces textes, dit-on, ne s'attachent qu'à l'âge sans distinguer si le mineur est ou non émancipé ; l'article 374 se sert même du mot *enfant* au lieu du mot *mineur*. Le mineur de vingt ans ne peut donc, même après son émancipation, contracter seul un engagement militaire, ce qui se comprend d'ailleurs si l'on songe à l'importance d'une telle détermination.

Cependant l'affirmative est beaucoup plus conforme à la loi, bien que, en législation, la négative semble préférable. En effet, le mineur a, par suite de son émancipation, cessé d'être sous l'autorité paternelle (art. 372) et d'être soumis au droit de garde. L'article 374 n'est plus applicable puisque désormais l'émancipé peut quitter la maison paternelle et faire ce qu'il veut. Quant à l'argument tiré du mot enfant de l'article, ce mot s'explique par cette seule considération qu'on s'y occupe de régler les rapports des père et mère et de l'enfant, ce qui est encore une preuve que cet article n'a prévu que le cas où la puissance paternelle existe encore. L'article de la loi de 1872 parle du consentement du tuteur ; or, l'émancipé n'en n'a plus : cet article ne le concerne donc pas. Ajoutons que pour l'engagement militaire on a toujours dérogé aux règles ordinaires parce qu'il est utile au pays. Quand nous voyons la loi permettre au mineur non émancipé, âgé de vingt ans de, s'engager seul, pourquoi refuserions-nous le même droit à celui que ses parents ont jugé digne de l'émancipation, émancipation qui renferme, après tout, leur consentement implicite ?

Il est certains examens pour lesquels on doit justifier du consentement de sa famille avant de s'y présenter. Nous inclinons à croire que le mineur émancipé, quand l'hypothèse de l'émancipation n'est pas prévue par les règlements, n'a plus besoin de ce consentement. Il est maître de sa personne et de la carrière qu'il veut embrasser, et dont cet examen doit lui ouvrir les portes. Le désir qu'il a de se présenter est une garantie d'ailleurs de son caractère sérieux ; il n'y a que des avantages pour la société à le laisser libre de

suivre les instincts qui le poussent au travail, et à le protéger contre une opposition irréfléchie de ses parents. Pas d'inconvénients d'ailleurs s'il échoue, ayant trop présumé de ses forces.

D. L'émancipation tacite qui résulte du mariage fait cesser la responsabilité des père et mère. (Art. 1384, al. 27.) En effet, l'enfant en se mariant ou devient lui-même chef de famille, ou passe sous l'autorité maritale, et il n'y a pas de reproche à faire au père ou à la mère d'avoir consenti au mariage de leur enfant, lorsque l'occasion de l'établir s'est présentée. Mais il n'en est pas de même, dans l'opinion la plus accréditée, de l'émancipation expresse, alors du moins que l'enfant émancipé continue à habiter avec ses parents et reste ainsi placé sous leur autorité morale. C'est en vain, disent MM. Aubry et Rau, qu'on objecterait l'article 372 ; car l'émancipation d'un enfant qui n'est pas digne de ce bienfait est un acte tout au moins inconsidéré, et il ne peut pas dépendre des parents de s'affranchir par un pareil acte de la responsabilité que la loi leur impose.

E. L'émancipation avait-elle pour effet, avant la loi de 1832, de dégager l'enfant de la puissance paternelle et par suite de l'autorité qui dérive de l'application de l'article 333 du Code pénal ? La cour de cassation (27 mars 1828) s'était prononcée pour la négative. Mais la doctrine contraire fut adoptée par un arrêt solennel.

CHAPITRE II

Effets relatifs aux biens du mineur.

L'émancipation fait cesser l'administration du père ou du tuteur, et aussi l'usufruit paternel. L'émancipation, disent MM. Aubry et Rau, opère l'extinction absolue de la jouis-

sance légale, alors même qu'elle a été consentie par la mère, en cas d'absence ou d'interdiction du père [1]. L'action Paulienne, disent MM. Aubry et Rau, ne serait pas admissible contre l'acte par lequel un père aurait en émancipant son enfant mineur tacitement renoncé à l'usufruit légal dont il jouissait. Cette renonciation est en effet une suite forcée de l'émancipation elle-même à laquelle le père a procédé, en vertu d'un droit exclusivement attaché à sa personne.

Puisque nous avons parlé de l'usufruit légal, demandons-nous en passant si l'article 622, en vertu duquel les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice, est applicable au père usufruitier légal. Si le père a renoncé directement à cet usufruit, l'affirmative n'est pas douteuse en vertu de l'article 1167. Mais au cas où il n'y aurait renoncé que tacitement ou indirectement, par l'effet de l'émancipation conférée à son enfant, il faut sans hésiter donner la solution inverse. Car les créanciers n'ont pas le droit d'attaquer ni de critiquer en aucune manière un acte qui constitue de la part du père l'exercice d'un droit exclusivement attaché à sa personne. (Art. 1166.) Or, le père qui émancipe son enfant ne renonce pas à son usufruit légal ; il exerce son autorité paternelle et l'extinction de l'usufruit n'est que la conséquence tacite et légale de cette émancipation, autrement il faudrait : ou révoquer l'émancipation, ce qu'aucun texte n'autorise à faire et dont le père seul est juge ; ou la maintenir tout en rendant au père l'usufruit légal, ce qui serait une anomalie, une suppression arbitraire de l'un des effets les plus importants de l'émancipation.

Mais l'émancipé n'acquiert pas la libre administration de

[1] Duranton est d'un avis contraire. Le droit de jouissance ainsi éteint revit par la révocation de l'émancipation, l'extinction n'ayant été que la conséquence de l'émancipation ; d'autant plus que cette extinction est bien moins à considérer comme le résultat d'une renonciation de la part des père et mère que comme une suite naturelle du droit d'administration qu'ils avaient conféré à l'enfant. La question est toutefois controversée.

sa fortune ; la loi ne lui permet les divers actes de la vie civile qu'en graduant suivant l'importance de chacun d'eux les précautions et les formalités nécessaires à leur validité. Le Code civil distingue à cet égard, comme il l'a fait pour le tuteur, plusieurs catégories d'actes.

Nous examinerons d'abord la capacité du mineur émancipé pour chacun de ces actes ; puis nous nous occuperons du cas spécial où l'émancipé est autorisé à faire le commerce ; enfin, nous rechercherons quel est l'effet des actes passés par le mineur émancipé.

SECTION I

DE LA CAPACITÉ DU MINEUR ÉMANCIPÉ RELATIVEMENT AUX DIFFÉRENTS ACTES DE SA GESTION

Le mineur émancipé n'a qu'une demi-capacité : il fait seul certains actes peu importants que la loi appelle actes de pure administration ; mais pour tout autre acte il ne lui est plus permis d'agir seul ; la loi a placé à côté de lui un curateur qui l'assiste, un protecteur qui le conseille et le dirige. L'assistance de son curateur ne suffit même pas toujours pour l'habiliter ; dans certains cas, la loi exige qu'il obtienne en outre, soit l'autorisation de son conseil seulement, soit tout à la fois l'autorisation de son conseil et l'homologation du tribunal. C'est que le mineur n'a pas encore assez d'expérience pour qu'on lui confie le libre exercice de ses droits, et que la loi toujours prudente lui a fait une condition intermédiaire entre celle du mineur non émancipé et celle du majeur.

Le Code n'ayant pas assez nettement déterminé quelle est cette capacité, n'ayant pas davantage précisé les actes que l'émancipé peut faire seul et ceux pour lesquels certaines conditions d'assistance ou autres lui sont nécessaires, les auteurs offrent à ce sujet de grandes divergences. Les uns

distinguent, à cet égard, six espèces d'actes. MM. Aubry et Rau les divisent ainsi : 1° actes qu'il peut faire seul et sans aucune formalité ; 2° ceux pour la passation desquels il a besoin de l'assistance d'un curateur, et 3° ceux par rapport auxquels il reste soumis à toutes les conditions et formalités imposées au mineur non émancipé. M. Demolombe en compte quatre espèces. M. Marcadé fait deux classes : une qui comprend les actes d'administration, les uns permis complètement au mineur, les autres réductibles sous certaines conditions ; l'autre qui comprend les actes les plus importants, et se subdivise en trois catégories.

Adoptant la division suivie par la majorité des interprètes nous distinguerons cinq catégories d'actes :

1° Actes que le mineur émancipé peut faire seul ;

2° Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante ;

3° Actes pour lesquels il faut l'assistance du curateur et l'autorisation du conseil de famille ;

4° Actes pour lesquels il faut en outre l'homologation du tribunal ;

5° Actes complètement interdits à l'émancipé.

Examinons-les successivement.

§ I. — *Actes que le mineur émancipé peut faire seul.*

« Il nous paraît clair, dit M. Demolombe, que pour ces actes là, l'émancipé est capable aussitôt après l'émancipation prononcée et dès avant même la nomination du curateur. »

La règle est contenue dans l'article 481 qui dit que le mineur émancipé fera seul tous les actes qui ne sont que de pure administration ; d'où il suit qu'il a un pouvoir moins étendu que le tuteur qui doit administrer en bon père de famille (art. 450), que la femme séparée de biens. (Art. 1449.) Sa capacité doit, d'après les termes mêmes de notre article, s'interpréter restrictivement.

Nous entendons par actes de pure administration : 1° tous ceux qui concernent la jouissance, l'entretien, enfin l'administration générale du patrimoine ; 2° ceux qui sont relatifs à l'exercice d'un travail ou d'une industrie quelconque ; 3° ceux qui se rapportent à la tenue de la personne ou de la maison.

A. L'émancipé peut donc passer des baux à ferme et à loyer dans les conditions naturelles et ordinaires de ces sortes de contrats dont la durée n'excèdera pas neuf ans ; si le bail consenti excède neuf ans, il sera réduit à cette durée, ce qui résulte de la combinaison des articles 1429, 1430 et 1718, qui forment le droit commun des mineurs et dont l'article 481 n'est qu'une application. Les baux au delà de neuf ans ne sont pas en général des actes de pure administration, mais ressemblent plutôt à une aliénation malgré les principes généraux du bail.

C'est donc bien à tort que l'on a prétendu que l'émancipé pouvait renouveler le bail de ses biens en dehors des limites déterminées par l'article 1430, c'est-à-dire celui de ses biens ruraux plus de trois ans et celui de ses maisons plus de deux ans avant l'expiration du bail courant. Une pareille solution est contraire au texte même de l'article 1718 qui s'applique à tous les mineurs sans distinction, et à l'esprit de la loi qui ne veut pas que le mineur engage pour trop longtemps la jouissance de ses biens. Il a été jugé, dans ce sens, que le bail de biens ruraux consenti par un mineur émancipé plus de trois ans avant l'expiration du bail courant est nul quoique ce dernier bail ait été passé par le tuteur avant l'émancipation, parce que l'article 481 met le mineur à la place de ceux qui administraient auparavant ses biens.

B. L'émancipé peut recevoir ses revenus, loyers, fermages, intérêts, arrérages de rentes, et en donner décharge. L'expression donner décharge employée par l'article 481 doit s'entendre uniquement dans le sens de donner quittance ; mais elle est complètement inutile, car la capacité de recevoir accordée au mineur implique par là-même celle de

reconnaître ce qu'il a reçu. Il ne faudrait pas traduire le mot *décharge* par *remise*, le mineur ne pouvant consentir des libéralités même sur ses revenus. Bien entendu, il ne s'agit pas ici de ces libéralités rémunératoires qui constituent des présents d'usage et sont une des conditions nécessaires de l'administration de tout patrimoine ; nous concluons seulement que le mineur ne peut accorder à ses locataires ou fermiers remise totale ou partielle du prix de leur bail, sauf, pour les baux à ferme, dans les cas prévus par les articles 1769 et 1770.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour décider que l'émancipé ne pourrait stipuler qu'on lui paiera par avance ses loyers ou fermages, ni même les recevoir en dehors de toute stipulation, car ils sont alors considérés comme un capital et l'assistance du curateur devient nécessaire pour les recevoir. (Art. 482.) M. Troplong prétend même que le preneur ne devrait payer par anticipation, qu'en faisant intervenir le conseil de famille ; car la réception d'un tel paiement a l'air d'un emprunt et n'est pas un acte de sage administration. (Voir cependant Nîmes, 12 juin 1821.)

C. L'émancipé qui a touché ses revenus peut en disposer à son gré. Il peut vendre ses récoltes et en toucher le prix, les échanger ; de même pour les produits quelconques de son industrie et de son travail. Il peut vendre l'excédent de ses cheptels, les renouveler ; aliéner la pêche de ses étangs, et même les coupes ordinaires réputées fruits.

D. D'une manière générale, il est permis de dire que le mineur émancipé peut aliéner son mobilier corporel, bien que M. Troplong ait prétendu le contraire, en se fondant sur l'article 482, duquel il résulterait, selon lui, que l'émancipé qui ne peut pas recevoir un capital mobilier sans assistance de son curateur, ne peut par la même raison vendre des meubles corporels dont il toucherait le prix, sans cette assistance. Mais cette conclusion est évidemment exagérée, autrement l'émancipé ne pourrait même pas vendre ses

denrées, ou ses meubles sujets à un prompt dépérissement, ce qui n'est pas admissible. Il est vrai que l'aliénation des meubles rentre par sa nature même dans la classe des actes de disposition, surtout quand il s'agit de choses qui ne sont pas sujettes à un prompt dépérissement ou qui ne sont pas des récoltes. Mais la loi n'a nulle part posé le principe d'une pareille restriction ; il semble au contraire bien résulter des articles 482 et 484 qu'elle a entendu laisser à l'émancipé la libre disposition de son mobilier corporel. Ceci s'explique par l'influence traditionnelle de la vieille maxime : *mobilium vilis possessio* et aussi par la difficulté pratique qu'il y aurait eue à distinguer, comme le voudrait M. Demolombe, qui n'indique pas de *criterium*, les aliénations corporelles qui constituent un acte de pure administration [1].

E. L'émancipé peut prendre à ferme ou à loyer le bien d'autrui, acheter les meubles, ustensiles et animaux qui lui sont nécessaires, louer des ouvriers et des domestiques.

F. Il peut aussi faire par lui-même tous les actes conservatoires de ses droits, par exemple, interrompre les prescriptions qui courent contre lui, renouveler ses inscriptions, former des oppositions, faire un protêt et autres actes analogues. Il pourrait encore assurer ses récoltes ou ses maisons, ordonner les réparations d'entretien sur ses immeubles, même y faire de grosses réparations et des travaux d'amélioration et de perfectionnement, pourvu toujours que ces dépenses restassent dans les limites d'une pure administration et pussent être acquittées sur les revenus. (Art. 482, compr. Demolombe.)

G. Quant à la transaction et au compromis, bien que la majorité des auteurs, partant de cette idée que le mineur émancipé est réputé majeur quant aux actes de pure administration, soient d'avis de les permettre à l'émancipé, parce

[1] Voir : P. Dubois, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Bourges, *De l'aliénation des biens de mineurs*. Paris, Cotillon, 1880.

qu'autrement le droit d'administration serait incomplet, pourvu toutefois que les limites d'une pure administration ne soient pas dépassées, nous croyons que vu leur importance et les précautions dont la loi les entoure on doit toujours les lui interdire.

Les auteurs favorables à la transaction pour l'émancipé s'appuient sur une phrase de Bigot-Préameneu : « Le mineur émancipé, dit-il dans l'exposé des motifs, pourra transiger sur les objets d'administration qui lui sont confiés et sur ceux dont il a la disposition. » Ils enseignent alors que l'émancipé est capable de transiger seul sur ses revenus (art. 481) ; qu'il peut avec l'assistance de son curateur transiger sur le compte de gestion et même sur un capital mobilier ; mais, à tous autres égards, ils le soumettent aux formalités de l'article 467 comme le mineur en tutelle. Ces distinctions sont arbitraires, la loi ne les renferme pas, et il est plus sûr de s'en tenir à l'article 467, quels que soient les inconvénients pratiques qu'il puisse y avoir ; car la transaction ne saurait être rangée parmi les actes d'administration. Enfin, pour transiger valablement il faut avoir la libre disposition du droit sur lequel on transige ; or, l'émancipé n'a pas la libre disposition de ses droits mobiliers puisqu'il ne peut les aliéner à titre gratuit. Mais l'émancipé diffère du mineur en tutelle en ce que, les formalités de l'art. 467 une fois remplies, c'est-à-dire dès qu'il a obtenu l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal, il peut agir seul sans l'assistance de son curateur, du moins dans une opinion.

H. Pour autoriser le compromis, on s'est fondé sur l'article 1003 du code de procédure, qui accorde la faculté de compromettre à toutes personnes sur les droits dont elles ont la libre disposition; or, dit-on, l'article 481 du code civil reconnaît à l'émancipé cette faculté de libre disposition pour certains objets. Nous venons de voir ce qu'il faut entendre par libre disposition. De plus, l'article 1004 du code de pro-

cédure dit formellement qu'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public ; or l'article 836 du même code range dans cette classe les causes des mineurs. C'est en vain qu'on objecte que l'émancipé est réputé majeur pour les actes d'administration, et qu'on ne voit pas l'intérêt de l'intervention du ministère public : le texte de nos articles est trop général et trop précis.

I. Le mineur émancipé peut plaider seul en ce qui concerne les actes qui lui sont permis, soit en demandant, soit en défendant, l'article 482 n'exigeant l'assistance du curateur que relativement aux actions immobilières. Mais ne faut-il pas qu'il soit assisté de son curateur lorsqu'il s'agit pour lui de soutenir une action mobilière ayant pour but le paiement d'un capital? Plusieurs auteurs refusent d'admettre une exception : ils s'appuient sur ce que l'article 482 ne fait aucune distinction, qu'il y a une grande différence entre plaider et toucher de l'argent. L'opinion contraire nous paraît cependant préférable, et nous dirons avec M. Demolombe que l'article 482 fait virtuellement la distinction qu'on lui reproche de ne pas faire expressément, puisqu'il ne permet pas à l'émancipé de recevoir seul un capital mobilier. En effet, le mineur plaidant seul pourrait compromettre ce capital; de plus son adversaire ne pourrait même pas lui offrir de le lui remettre afin de terminer le procès à l'amiable!

J. L'émancipé peut intenter seul toutes les actions possessoires et y défendre, car leur exercice ne constitue que des actes d'administration et ne touche pas au fond du droit [1].

K. Il ne peut se pourvoir en requête civile pour non valable défense comme tout autre mineur, quand les contestations ont porté sur des choses ou des droits dont il a l'entière disposition. (Code de proc., art. 481.)

[1] Arg., art. 1428. Il peut aussi diriger contre ses débiteurs toutes espèces de poursuites ayant pour objet le recouvrement de simples revenus.

L. Une question très controversée est celle de savoir si le mineur émancipé peut seul valablement consentir une hypothèque sur ses immeubles pour sûreté d'une obligation qui n'excède pas les bornes de sa capacité.

L'article 484, disent les partisans de l'affirmative, ne défend pas et ne pouvait pas défendre au mineur d'hypothéquer ses immeubles. Permettant à l'émancipé de s'obliger personnellement dans certains cas, la loi l'autorise par là même à affecter tous ses biens à l'acquittement de son obligation (art. 2092). Or, l'hypothèque n'est qu'un mode spécial d'affectation. D'ailleurs : *accessorium sequitur principale.* Le mineur émancipé ne peut, il est vrai, aliéner ses immeubles, mais c'est dans l'obligation elle-même et non dans l'hypothèque que se trouve le germe de l'aliénation, puisque c'est l'obligation seule qui donne au créancier le droit de saisir et de faire vendre. On écarte les articles 2124 et 2126, en disant qu'ils ne s'appliquent qu'au cas où le mineur hypothèque son immeuble à la dette d'un tiers. L'article 6 du code de commerce permet formellement à l'émancipé d'hypothéquer ses immeubles bien qu'il ne puisse les aliéner directement. Si le mineur ne peut hypothéquer ses immeubles, comment expliquer que ses biens puissent être grevés d'une hypothèque judiciaire (art. 2123) et des privilèges des articles 2101 et 2103? Enfin, si l'hypothèque nuit au mineur, il faut remarquer qu'elle nuit encore plus à ses créanciers hypothécaires : elle a même pour lui cet avantage que le créancier est obligé de discuter d'abord les immeubles qui lui sont hypothéqués; elle peut servir à augmenter son crédit.

Quelque spécieux que soient ces arguments, nous croyons avec M. Demolombe cette doctrine contraire à la fois aux textes, aux principes et à l'intérêt des mineurs. L'hypothèque doit être rangée parmi les actes que l'émancipé ne peut faire seul; c'est du reste la solution adoptée par la majorité des auteurs. L'article 484 n'avait pas besoin de dé-

fendre au mineur d'hypothéquer ses immeubles, puisqu'il lui défend de faire seul aucun acte autre que ceux de pure administration : l'article 1988 nous montre même formellement le contraire [1]. Il est contraire aux principes de soutenir qu'il suffit que l'obligation personnelle soit valablement consentie pour que l'hypothèque le soit également. Ce sont choses distinctes, dont l'une est beaucoup plus grave que l'autre [2]. Il n'y a évidemment pas d'hypothèque valable sans obligation principale; mais la validité de celle-ci n'entraîne pas forcément celle de l'hypothèque. Le germe de l'aliénation se trouve bien, quoi qu'on prétende, dans l'hypothèque et non dans l'obligation elle-même. En effet, l'article 2124 nous dit expressément que, pour être capable d'hypothéquer, il faut pouvoir aliéner [3]; or, l'émancipé ne le peut pas. Quant à l'article 2126, ses termes sont absolus, et il ne distingue pas entre les mineurs émancipés et ceux qui ne le sont pas. Si l'émancipé peut hypothéquer seul ses immeubles, l'art. 6 du code de commerce qui se justifie très bien par la rapidité des opérations commerciales, et la nécessité d'obtenir du crédit devient complètement inutile, puisqu'il ne fait que rappeler un principe certain. L'argument que l'on s'efforce de tirer des articles 2101 et 2103 n'est vraiment pas sérieux; car on semble oublier que les privilèges dérivent de la loi elle-même et sont attachés à la qualité même de la créance, tandis que nous nous occupons des hypothèques conventionnelles. Il en est de même de l'hypothèque judiciaire, où la volonté de l'émancipé n'entre pour rien. Cet argument, du reste, irait trop loin : car de ce que le tuteur peut contracter

[1] L'article 484 ne mentionne pas non plus, par exemple, l'acceptation d'une succession; cependant on ne prétendra pas qu'elle est permise à l'émancipé seul. Les mots *vendre et aliéner* ne sont donc que purement démonstratifs.

[2] L'hypothèque donnerait une gravité exceptionnelle, insolite, à de simples actes d'administration.

[3] Duranton prétend à ce sujet que les législateurs sont partis d'une idée inexacte.

des obligations qui produisent privilège contre le mineur, il faudrait conclure, pour être logique, qu'il peut hypothéquer les immeubles du mineur. Enfin, si l'hypothèque est défavorable aux créanciers, il faut reconnaître qu'elle nuit encore bien plus au débiteur dont elle altère le crédit, pour qui cet immeuble est désormais comme s'il n'était plus rien; autrement il faudrait dire qu'il est plus avantageux de s'obliger avec hypothèque que de contracter une simple obligation personnelle! En dernier lieu, on peut dire que la faculté d'hypothéquer donnerait au mineur trop de facilités pour abuser de sa capacité.

M. Une autre question assez discutée est celle de savoir si l'émancipé peut seul acquérir des immeubles. Suivant Marcadé et la jurisprudence, cette acquisition sera toujours valable sauf réduction en cas d'excès, comme nous le verrons plus loin; car le mot achat de l'article 484 s'applique aux immeubles comme aux meubles. Une autre opinion, soutenue par M. Troplong, répond que l'article fait implicitement cette distinction puisqu'il ne permet à l'émancipé que les acquisitions qui rentrent dans les limites d'une pure administration, et l'on ne peut considérer comme tels les achats d'immeubles. En présence de ces systèmes opposés, M. Demolombe a cru trouver dans l'esprit de la loi les motifs d'une décision intermédiaire. Le mineur émancipé est maître de ses revenus et les emploie comme il l'entend ; donc il peut, *à fortiori*, dit le savant Doyen, les économiser et en acheter des immeubles aussi bien que des rentes sur l'État ou sur des particuliers. Quant à ses capitaux, il ne peut seul les employer en acquisitions d'immeubles ou de rentes, parce que l'article 482 le lui défend. Cette doctrine doit, suivant son auteur, être étendue à tous les actes qui, par leur caractère et leur importance, excèdent les limites d'une pure administration et entraînent une dépense qui ne peut s'acquitter sur les revenus. La distinction très ingénieuse sur laquelle se base ce système ne nous semble pas devoir être

admise, et il nous semble plus sûr de s'en tenir à l'avis de ceux qui interdisent à l'émancipé toute acquisition d'immeubles; car on ne saurait admettre, sans violer le principe contenu dans l'article 484, que l'acquisition d'un immeuble constitue un acte de pure administration. (Toulouse, 14 décembre 1809.)

N. Les divers actes que l'émancipé est capable de faire seul peuvent être faits par lui au comptant ou même à crédit, car malgré le danger qu'il peut y avoir à le laisser ainsi engager d'avance ses revenus, il ne faut pas lui enlever les moyens de pourvoir aux besoins de sa maison et à l'entretien de son patrimoine. L'article 85 du projet était ainsi conçu : « Le mineur émancipé ne peut valablement s'engager par promesse ou obligation que jusqu'à concurrence d'une année de ses revenus; s'il s'oblige au delà, ses créanciers n'auront d'action sur ses biens que pour une somme égale à cette année de revenus et par concours entre eux au marc le franc de leurs créances. » Mais on reconnut que cette disposition était impraticable et aurait paralysé toutes les transactions. Cambacérès fit remarquer qu'on enlèverait ainsi toute garantie aux fournisseurs puisqu'ils ne pourraient connaître exactement les revenus du mineur ni la somme pour laquelle ils étaient engagés, ce qui ruinerait par là-même le crédit de l'émancipé. Cet article primitif fut donc supprimé, et on valida les créances pour les fournitures qui n'excéderaient pas les besoins présumés de l'émancipé selon son état et ses facultés. Les obligations personnelles contractées par l'émancipé à raison d'un acte de pure administration sont donc valables d'après le droit commun et le créancier a pour gage tous les biens de l'émancipé (art. 2092).

O. La capacité requise pour pouvoir conférer un mandat se détermine d'après la nature de l'affaire qui en forme l'objet. Si cette affaire, disent MM. Aubry et Rau, consiste dans un acte d'administration, le mandat pourra être conféré par toute personne ayant l'administration de sa

fortune, par exemple par un mineur émancipé. Si au contraire il s'agit d'un acte de disposition, le mandat ne pourra être donné que par une personne capable de disposer de ses biens. Le mandat peut être valablement conféré, même à une personne incapable de s'obliger, en ce sens que malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouvera lié par l'exécution du mandat tant envers ce dernier qu'envers les tiers avec lesquels il aura contracté, et que réciproquement les tiers seront liés envers le mandant. Mais l'incapable qui a accepté un mandat peut en opposer la nullité lorsqu'il est recherché soit pour inexécution des conditions résultant de ce contrat, soit en reddition de compte, sauf l'action de *in rem verso*, qui dans ce dernier cas peut appartenir au mandant. (Du reste l'incapable qui aurait frauduleusement détourné les objets que le mandant lui avait confiés, pourrait être recherché en dommages-intérêts à raison du délit par lui commis; art. 1310; code pénal, art. 408). L'article 1990 a déterminé ainsi les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne jouissant de l'administration de sa fortune sans en avoir la disposition; le législateur a craint qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi on ne considérât le mineur émancipé comme valablement obligé par suite de cette acceptation.

§ II. — *Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, mais suffisante.*

La règle générale est que l'intervention du curateur est nécessaire pour tous les actes qui sortent des limites d'une pure administration. C'est bien toujours l'émancipé qui accomplit ces actes par lui-même; mais ils ne sont régulièrement faits qu'autant qu'il a agi avec l'assistance du curateur. Lorsqu'ils sont d'accord pour agir, ce qui est le cas le plus ordinaire, l'acte est aussi valable et inattaquable que s'il

était fait par un majeur. Mais qu'arrivera-t-il lorsqu'ils seront chacun d'un avis différent relativement à l'opportunité d'un acte ?

Supposons d'abord que, le mineur voulant agir, son curateur refuse de l'assister lorsqu'il s'agit, par exemple, pour lui de faire un contrat important ou de soutenir un procès. Le refus du curateur ne doit pas enlever à l'émancipé l'exercice de ses droits, puisque c'est en somme lui qui agit et qui prend l'initiative. Le mineur aura donc le droit de se pourvoir contre ce refus devant le conseil de famille qui enjoindra, s'il y a lieu, au curateur de lui prêter son assistance ou le remplacera par un curateur *ad hoc* ou même par un autre curateur définitif, s'il persiste dans sa résistance. Cette solution nous semble conforme à l'esprit général du Code qui permet à la femme mariée de s'adresser à la justice lorsque son mari refuse de l'autoriser (art. 218), qui admet la mère tutrice légale à se pourvoir devant le conseil de famille contre le refus d'assistance du conseil que lui a nommé son mari (art. 391), qui enfin accorde à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire le recours devant les tribunaux pour vaincre la résistance de ce dernier. (Orléans, 15 mai 1847.) Le mineur émancipé pourrait aussi, en cas de rejet de sa demande par le conseil de famille, se pourvoir devant les tribunaux en annulation de la délibération de ce conseil. Il a été en effet jugé que les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu pour annuler ou maintenir les actes du conseil de famille attaqués soit au fond, soit quant à la forme; et ils peuvent l'être quant au fond, c'est-à-dire comme contraires aux intérêts du mineur, alors même que la résolution aurait été prise à l'unanimité et ne serait pas sujette à homologation. Il est vrai, observent MM. Aubry et Rau, que le second alinéa de l'article 883 du code de procédure semble supposer, surtout lorsqu'on le rapproche de l'alinéa premier du même article, que la résolution attaquée n'a pas été unanime. Mais il ne résulte pas

nécessairement de là qu'il ait été dans l'intention du législateur d'exclure les demandes dirigées contre les résolutions unanimes. Cette règle reçoit cependant exception, nous l'avons déjà vu, dans les cas où le conseil de famille se trouve substitué au père pour l'exercice d'un pouvoir domestique que celui-ci aurait lui-même exercé souverainement, c'est-à-dire sans recours possible aux tribunaux, par exemple pour admettre et rejeter l'émancipation.

Si au contraire c'est le mineur qui ne veut pas agir alors que le curateur l'y engage et est prêt à l'assister, que décider? Par exemple, il s'agit pour l'émancipé de faire à l'un de ses immeubles une réparation urgente, de poursuivre un débiteur qui va devenir insolvable, d'interrompre une prescription qui court contre lui : il n'en veut rien faire (art. 2225, 1663, 1676, 2278). La loi est encore muette sur ce point; aucun texte ne donne au curateur le moyen de protéger l'émancipé malgré lui. C'est en effet, avons-nous dit plus haut, le mineur seul qui a le droit d'agir et d'administrer; le curateur ne peut que l'assister. On ne peut donc intervertir les rôles, et ce sera la volonté du mineur qui devra prévaloir ; du reste il a été jugé par la cour suprême, à l'égard du conseil judiciaire d'un prodigue, que ce conseil n'avait pas qualité pour le représenter en justice et agir à son insu; nous décidons de même ici par analogie. Toutefois, en pratique, cette solution présente moins de dangers qu'on ne pourrait le croire ; car la prescription, en général, ne court pas contre les mineurs, et l'émancipé ne peut faire seul les actes les plus importants ; il est donc garanti sur la plupart des faits qui peuvent se présenter. Mais nous ne pousserons pas ce principe jusqu'à ses conséquences extrêmes, et nous appliquerons au curateur de l'émancipé la décision que la Cour de cassation appliquait en 1841, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Hello, au conseil judiciaire du prodigue : « Si le conseil judiciaire ne peut agir seul à l'insu et en l'absence du prodigue, il est

partie nécessaire pour défendre à toutes les actions intentées contre le prodigue ; » et il est recevable à former seul, en sa qualité, opposition à la condamnation prononcée contre lui et le prodigue sur une assignation qui lui avait été donnée conjointement.

Après avoir examiné ce qui a lieu au cas de désaccord entre l'émancipé et son curateur, voyons maintenant dans quelles circonstances l'assistance de ce curateur est requise par la loi.

A. En première ligne, nous trouvons le compte de tutelle qui, nous dit l'article 480, doit être rendu à l'émancipé avec l'assistance de son curateur. On a soutenu qu'il devait être rendu en justice, parce que, dit-on, il y a là une véritable transaction à laquelle on doit appliquer l'article 467 (article 2045), parce qu'il est de principe que si le mineur émancipé peut disposer de ses revenus, c'est à partir du jour de son émancipation, mais qu'il ne peut disposer du reliquat de son compte qui forme un capital mobilier à la collocation utile duquel il doit être pourvu par le curateur (art. 482); comment donc, d'après cela, sera-t-il permis à l'émancipé qui reçoit son compte d'accéder aux prétentions de son tuteur quand ces prétentions peuvent être l'objet d'une juste contestation? Ne serait-ce pas alors disposer d'un capital mobilier? Un arrêt de la cour d'Angers disait en outre (19 février 1824) : qu'il résulte de l'article 472 que ce n'est que lorsque le mineur est devenu majeur qu'il peut traiter sur son compte tutélaire dans la forme prescrite par cet article ; que l'article 480 n'autorise pas expressément à suivre pour l'émancipé, les formes de 472 ; que d'ailleurs toutes les affaires concernant les tutelles et les mineurs sont sous la surveillance du ministère public. M. Lebé, avocat général, avait pensé qu'il résultait de la combinaison des articles 481, 482, 483 et 484, 1^er^, que l'intervention de la justice était nécessaire pour valider un pareil acte, susceptible de compromettre les droits les plus importants de l'émancipé, et que

cette opinion pouvait se soutenir par les inductions tirées des discours de Berlier, orateur du gouvernement, et des tribuns Huguet et Leroy sur les articles 480, 481, 485 et 484.

La solution donnée par ce système repose sur une confusion évidente; car, outre le texte précis de l'art. 480, la reddition du compte de tutelle ne constitue pas par elle-même une transaction proprement dite. Sans doute, s'il s'élève entre le mineur et son curateur des difficultés sur lesquelles il y ait lieu de transiger, on devra avoir recours aux formalités de l'art. 467; mais alors ce ne sera plus la reddition du compte elle-même qui sera en jeu. Ce compte peut donc être rendu à l'amiable : le mineur assisté de son curateur donnera quittance du reliquat à son tuteur, comme lorsqu'il s'agit pour lui de recevoir un capital mobilier ordinaire et d'en donner décharge. (Art. 482.)

Les dispositions de l'art. 472 concernent tout aussi bien les traités passés entre le tuteur et le mineur émancipé, même assisté de son curateur, que ceux qui sont intervenus entre le tuteur et le mineur devenu majeur. On a voulu soutenir en se prévalant des mots : *et le mineur devenu majeur* de l'article que ses dispositions ne s'appliquent point aux traités intervenus entre le tuteur et le mineur émancipé, et aussi que l'assistance du curateur remplacera avantageusement ces formalités. Mais l'induction qu'on a tirée de ces mots, disent MM. Aubry et Rau, est forcée, et se trouve en opposition avec l'esprit de la loi. La loi n'a statué que sur le *quod plerumque fit* en ne parlant que du mineur devenu majeur, mais elle a voulu prévoir tous les cas où le tuteur est vis-à-vis de son pupille. L'assistance du curateur n'écarte pas les dangers auxquels l'émancipé est exposé, car c'est lui-même qui reçoit son compte. L'art. 480 veut dire : le compte sera rendu au mineur émancipé assisté de son curateur, comme s'il était devenu majeur.

Toute action, compétant au mineur contre le tuteur à raison

de la gestion de la tutelle, se prescrit par dix ans à compter de la majorité du pupille. La prescription ne court qu'à partir de cette époque alors même que le mineur a été émancipé. C'est l'application de la règle générale de l'art. 2252.

B. L'assistance du curateur est encore nécessaire mais suffisante (art. 482), pour recevoir un capital mobilier et en donner décharge. Notre article parle d'un capital mobilier, parce que, à l'époque de sa rédaction, l'art. 529 n'existait pas et les rentes étaient toujours réputées immeubles; l'addition du mot *mobilier* n'était donc pas inutile, et ne l'est pas non plus aujourd'hui, car il peut y avoir encore certains capitaux immobilisés par une déclaration expresse, par exemple les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France, en vertu des décrets des 16 janvier et 1er mars 1808, auxquels on appliquera l'art. 484. Un capital, dit M. Demolombe, est toute somme qui n'est ni due ni payée à titre d'intérêts, d'arrérages, de fruits, de jouissance, pourvu toutefois qu'elle ait une certaine importance (ce sera là une question de fait).

C'est donc à tort, croyons-nous, qu'on a prétendu que le mineur émancipé, qui a la libre disposition de ses revenus, peut par là-même disposer librement des capitaux provenant des économies par lui faites sur ses revenus, ne serait-ce que pour l'encourager à l'ordre et à l'économie. L'art. 482 est absolu et ne distingue pas l'origine du capital; on ne peut pas arbitrairement priver le mineur d'une protection que la loi a voulu accorder dans une large mesure : son économie n'en sera que plus favorisée, et d'ailleurs il peut cesser d'être économe. De plus, si l'on admettait cette doctrine, comme tous les capitaux ou à peu près ont leur source dans les économies antérieurement faites, la règle de l'article 482 ne serait presque jamais appliquée.

On a invoqué l'article 1990 d'après lequel l'émancipé peut être choisi conme mandataire et faire seul dès lors les actes valablement compris dans son mandat, pour prétendre

que le mari mineur peut recevoir seul le payement des débiteurs de la dot ou le remboursement des rentes données en dot à sa femme. Mais l'art. 1990 ne paraît pas ici applicable à M. Demolombe ; car le mari mineur est réputé majeur pour l'obligation qu'il prend de restituer la dot, et dès lors il faut y veiller ; et il n'y a aucun motif pour ne pas appliquer l'art. 482 à la réception des capitaux qui forment la dot de sa femme.

M. Demolombe cite encore un arrêt de la Cour de Rouen d'après lequel, en dépit de l'art. 513, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pourrait disposer des capitaux qui se trouvent dans une succession, le conseil n'ayant pas le droit de s'ingérer dans l'inventaire ni dans la liquidation, ni de pénétrer dans la maison mortuaire, qu'il y ait ou non des cohéritiers — et il se demande si l'émancipé auquel échoit une succession peut s'emparer seul des capitaux qui se trouveraient dans la caisse ou dans le secrétaire du défunt. Il reconnaît que, dans ce cas, le capital n'est à recevoir de personne, le mineur est saisi (art. 724), et il n'y a pas de décharge à donner. Mais cette solution méconnaît l'esprit général de la loi et l'intérêt du mineur; il faut la restreindre le plus possible et exiger l'assistance du curateur pour la réception non seulement des sommes dues par les tiers débiteurs mais encore des soultes et autres valeurs dues par les cohéritiers.

Le curateur est tenu de surveiller l'emploi du capital reçu par le mineur avec son assistance (c'est encore un argument pour le système qui soutient que cette assistance doit s'appliquer même aux capitaux provenant des économies, autrement le mineur pourrait se faire restituer) ; d'où il suit qu'il est responsable d'une façon générale du mauvais emploi que celui-ci pourra en faire par suite de sa négligence (art. 1383). (Toullier a cependant soutenu le contraire). Cette surveillance est peu facile, car c'est le mineur qui touche lui-même, et une somme quelconque est bien vite

dissipée . pour qu'elle ne soit pas stérile le curateur pourra donc, et devra même, ne consentir à signer la quittance qu'à condition qu'il soit fait immédiatement tel emploi des fonds ou qu'ils soient du moins déposés, en attendant, à la caisse des consignations. Dans l'hypothèse même d'une dissipation, les tiers de bonne foi ne peuvent pas être recherchés s'ils ont payé sous l'assistance du curateur. L'émancipé ne pouvant recevoir un capital mobilier sans l'assistance de son curateur, il en résulte que cette assistance lui est nécessaire pour exercer des poursuites tendant au remboursement d'un pareil capital, et même pour faire signifier le commandement préalable à ces poursuites ; en effet la mission de signifier un commandement emporte pour l'huissier auquel elle est confiée pouvoir de toucher; et quand il s'agit d'un capital ce pouvoir ne peut être donné par le mineur seul.

C. L'assistance du curateur est encore exigée pour intenter une action immobilière ou y défendre. (Art. 482.) Dans ce dernier cas le demandeur doit assigner l'émancipé personnellement et le curateur pour l'assister. Mais la femme mineure valablement assistée et autorisée par son mari n'a pas besoin d'un curateur nommé par le conseil de famille : le mari majeur est son curateur légal. (Pau, 11 mars 1811.) Lorsqu'à un mineur, d'abord représenté par son tuteur et émancipé dans le cours de l'instance, il est donné un curateur *ad litem*, les actes de procédure postérieurement faits et les jugements obtenus contre le tuteur sont nuls, alors d'ailleurs que la nomination du curateur était connue de l'adversaire : parce que nul ne peut être légitimement condamné sans avoir été cité dans la forme légale (Cass., 25 fructidor an III). Le Code ne distingue pas entre le curateur *ad litem* et le curateur ordinaire : ils sont soumis tous deux aux mêmes obligations. Il a été jugé que l'émancipé n'a besoin pour ester en justice que de l'assistance d'un curateur *ad hoc* qui peut être nommé par le tribunal et que celui qui a plaidé contre un mineur sans se prévaloir de son incapacité ne peut

l'opposer ensuite pour faire annuler le jugement. Le décès du curateur nommé à l'émancipé pour l'assister dans la vente judiciaire des biens d'une succession où il est intéressé ne vicie pas la procédure ultérieure, ni même le jugement d'adjudication rendu sans nomination préalable d'un second curateur, alors que ce décès n'a pas été notifié et qu'au contraire l'avoué du curateur décédé n'a pas cessé d'occuper en son nom.

D. Aux termes de l'art. 935, la seule assistance du curateur suffit pour que l'émancipé puisse valablement accepter une donation entre vifs. Toutefois ses père et mère ou autres ascendants, même du vivant des père et mère et bien qu'ils ne soient pas curateurs, peuvent accepter pour lui : cette disposition a été copiée dans l'Ordonnance de 1731 (art. 7), les rédacteurs ayant pensé que la qualité de ces personnes offrait des garanties suffisantes. L'assistance du curateur suffit, dit M. Marcadé ; c'est une exception au principe général de l'art. 484 (nous en signalerons prochainement une autre, et nous en avons déjà vu une quant à l'exercice d'une action immobilière de l'art. 482, que certains auteurs et notamment Delvincourt voudraient soumettre en outre à l'autorisation de la famille par combinaison de l'art. 464 avec l'art. 484), et qu'on ne vienne pas s'appuyer sur l'art. 463 pour exiger encore l'autorisation de la famille en disant que l'art. 482 exige bien l'assistance du curateur mais qu'il ne la déclare pas suffisante ; car l'art. 935 est trop absolu, et il est palpable que le législateur ne se serait pas donné la peine de parler dans une catégorie d'un acte qu'il aurait entendu ranger sous les règles beaucoup plus sévères de la catégorie suivante. Du reste les tergiversations des auteurs confirment cette théorie.

Nous exigerons la même formalité pour les legs universels ou à titre universel faits à l'émancipé : car comme légataire universel ou à titre universel, il doit contribuer au payement des dettes (art. 1006, 1009, 1012) ; de plus il s'agit d'une

libéralité dont le curateur doit apprécier la cause et la convenance. Nous en dirons autant des legs particuliers ; car ils peuvent être grevés de charges que le mineur ignore ou dont il ne comprend pas bien toute l'importance.

Si la donation était offerte à l'émancipé par le curateur lui-même, elle ne pourrait être acceptée que par un curateur *ad hoc* nommé par le conseil de famille, L'acceptation faite dans les formes prescrites par l'émancipé le lie comme s'il l'avait faite en temps de majorité, de même que celle faite en son nom par l'un de ses ascendants [1]. L'émancipé ne peut donc se faire restituer contre une pareille acceptation. D'après Grenier, disent MM. Aubry et Rau, la disposition finale de l'art. 463 signifierait seulement que l'acceptation régulière lie irrévocablement le donateur comme celle faite par un majeur. Mais si telle avait été la pensée du législateur, au lieu des mots : à l'égard du mineur, il eût mis ceux-ci : à l'égard du donateur, ou : en faveur du mineur. D'ailleurs l'explication de Grenier est évidemment repoussée par la combinaison des art. 463, 1314 et 840.

E. La présence du curateur est encore nécessaire pour que l'émancipé puisse valablement provoquer un partage définitif ou répondre à une demande en partage formée contre lui (art. 840), ce n'est pas là un acte de pure administration. Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, peu importe; le principe est général, et le partage est toujours un acte des plus graves, à raison des capitaux et des universalités de meubles qu'il peut avoir pour objet, surtout aujourd'hui. Il est vrai que l'art. 482 permet à l'émancipé, par *a contrario*, de plaider sans son curateur en matière mobilière; mais alors du moins il sera protégé par la prudence des juges et du ministère public : aussi voyons-nous que

[1] Ceux-ci sont en effet investis d'un mandat que leur confère la loi et les actes faits par un mandataire légal dans les limites de ses pouvoirs lient la personne qu'il représente indépendamment de la capacité de cette dernière. (Demol., XX, nº 184; voir *Rép.*, nºs 185 et 186.)

cet article lui-même exige l'assistance pour recevoir les capitaux, tout mobiliers qu'ils sont.

Le partage doit être fait en justice conformément aux dispositions du Code civil (art. 819 et suiv. et 883) et du Code de procédure (art. 966 et suiv.) Si toutes les formalités requises n'ont pas été observées : par exemple si le mineur a figuré seul au partage, il ne sera que provisionnel ou de jouissance. Quant à la propriété, ce partage est évidemment nul, le mineur n'ayant pu faire seul un partage définitif. Toutefois la majorité des auteurs et la jurisprudence, malgré quelques décisions contraires, ne voient ici qu'une nullité relative et ne permettent pas aux partageants majeurs de s'en prévaloir. Après sa majorité, l'émancipé peut à son choix ratifier le partage et le tenir pour définitif, ou le faire annuler et en provoquer un nouveau. Les co-partageants majeurs ont aussi le droit de le mettre en demeure par une sommation de prendre parti dans un délai que fixera le tribunal.

A cause de l'importance des opérations du partage, et par assimilation avec la capacité du tuteur (art. 465), certains auteurs ont soutenu que l'émancipé, outre l'assistance de son curateur, devait encore obtenir l'autorisation du conseil de famille. Mais le texte de l'art. 480 nous paraît trop précis pour rendre admissible une pareille interprétation; et du reste, le partage est une aliénation d'un genre particulier, et à cause de toutes les formalités de justice qui l'environnent la loi a pu sans contradiction ne pas exiger l'autorisation du conseil de famille comme dans les autres cas d'aliénation qui offrent au mineur moins de garantie. C'est là l'exception que nous indiquions tout à l'heure à la règle générale de l'art. 484. Il faut donner la même décision pour le partage d'une société ou d'une communauté de biens entre époux.

F. De l'art. 840 on a conclu que la femme mineure qui veut demander la séparation de biens contre son mari peut y

procéder avec la seule assistance de son curateur [1], cette demande ayant pour résultat le partage de la communauté ou la restitution de la dot, et étant un *judicium universale*, car le plus souvent elle intéresse le patrimoine tout entier. Cependant, à raison de l'importance d'une telle demande, puisqu'il s'agit de la dissolution des conventions matrimoniales, M. Demolombe est d'avis qu'on peut soutenir que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, bien qu'il y ait déjà une garantie dans l'autorisation préalable du président du tribunal. Lorsque c'est le mari qui est mineur, il doit de même être assisté de son curateur pour défendre à la demande formée par la femme. Cette assistance nous paraît nécessaire dans tous les cas, vu l'importance du débat, même quand la dot de la femme serait purement mobilière. MM. Aubry et Rau sont d'un avis opposé sur cette question délicate.

G. Nous en arrivons à la vente des meubles incorporels. Avant la loi du 27 février 1880, l'assistance du curateur suffisait à l'émancipé pour le transfert de ses rentes sur l'État qui n'excédaient pas 50 fr. (loi du 24 mars 1806), et le décret du 25 septembre 1813 appliquait la même décision aux actions ou portions d'actions de la Banque de France. Au-dessus de ce chiffre l'autorisation du conseil de famille était nécessaire. Il y avait controverse comme à propos des mineurs en tutelle sur la question de savoir si les mêmes dispositions étaient applicables aux rentes sur particuliers, même au-dessus de 50 fr. de rentes, et plus généralement s'il pouvait avec la seule assistance de son curateur vendre et transporter ses créances. M. Demolombe était du parti de l'affirmative, avec MM. Aubry et Rau, contre M. Duranton qui dispensait cependant de la formalité des affiches et des enchères reçues par un notaire.

Aujourd'hui la loi de 1806 et le décret de 1813 sont

[1] Qui sera bien entendu un curateur *ad hoc* si le mari est déjà curateur.

abrogés et les autres dispositions contraires, et nous nous trouvons sous l'empire de la loi du 27 février 1880.

L'art. 484 décide que l'émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. (Nous avons déjà constaté que cet article ne doit pas être pris à la lettre. Pour fixer la valeur exacte de la disposition il faudrait ajouter : « Sauf le cas où la loi a statué expressément en sens contraire.) » Il résulte de cet article rapproché des art. 481 et 482, qui font clairement reconnaître que la loi a voulu laisser au mineur émancipé la disposition de ses revenus et lui interdire celle de ces capitaux : que si le mineur émancipé peut céder librement des créances ayant pour objet des intérêts et des arrérages, un prix de bail ou de fermage échu, et en particulier des coupons de titres au porteur ou nominatifs, il ne pourra aliéner seul aucun effet mobilier représentatif d'un capital. S'il était vrai sous le système du Code civil, ce qui est d'ailleurs très douteux, que les pouvoirs d'administration du tuteur s'étendaient jusqu'à la libre disposition des meubles incorporels [1], il faut reconnaître que les pouvoirs du mineur émancipé agissant seul sont de beaucoup plus restreints et que le moins qu'on puisse exiger pour la validité d'une aliénation de valeurs mobilières est qu'il ne vende qu'avec l'assistance de son curateur (art. 482 ; Cass., 13 janvier 1840).

La règle du Code civil est donc, pour ceux qui pensent que le tuteur pouvait sous le régime de ce Code aliéner librement les meubles incorporels du pupille, la suivante : le mineur émancipé ne peut aliéner des meubles incorporels qu'avec l'assistance de son curateur, mais cette assistance suffit pour valider l'acte, et l'autorisation du conseil de

[1] Dans le silence de la loi, cette opinion s'appuie sur ce principe que le tuteur étant le représentant général du pupille, il est capable de faire seul et sans formalités à l'égard des tiers, les actes pour lesquels aucune condition spéciale n'est exigée

famille n'est jamais nécessaire. Ce principe, malgré notre loi, qui contient sur ce point des règles nouvelles, est encore applicable au mineur émancipé dans deux cas :

1° Lorsqu'il s'agit d'un mineur émancipé par le mariage, l'art. 5, § 2 de notre loi, déclare expressément que les conditions rigoureuses que la loi nouvelle met à l'aliénation des valeurs mobilières ne sont pas exigées pour lui. Cette disposition se justifie assez bien. Pour le mari, en effet, les différentes autorisations qu'il eût fallu obtenir eussent été des entraves apportées à son administration, entraves inconciliables avec les nouveaux droits et les obligations que crée pour lui sa position de chef de famille. Pour la femme, l'autorisation du mari qu'elle doit toujours obtenir soit comme mari, soit comme curateur (art. 2208), dans le cas où elle peut aliéner elle-même son mobilier, est la meilleure des garanties.

2° Lorsqu'il s'agit d'un mineur sous l'administration légale de son père, et émancipé du vivant de ses père et mère. La volonté bien arrêtée des rédacteurs de notre loi de laisser le mineur émancipé dans cette hypothèse, sous l'empire des principes du Code, est clairement manifestée d'abord par l'insertion dans le § 1 de l'art. 4 de ces mots : « Le mineur, émancipé au cours de la tutelle, » qui n'étaient pas dans le projet primitif. De plus, comme on ne pourrait voir là qu'un accident de rédaction, nous devons relever les explications du rapporteur sur ce point (*Journal officiel*, 26 mai 1878). « M. le Ministre des finances nous a demandé, dit-il, si cet article (art. 4) s'appliquait à tous les émancipés, même au mineur émancipé par ses parents pendant le mariage... Nous avons répondu : non... On dit, on répète que la loi est faite pour les mineurs ; sans doute elle est faite pour les mineurs : cependant elle n'est pas faite pour toutes les catégories de mineurs, notamment pour les mineurs qui ont encore leurs père et mère. » C'est en conséquence de ces

observations que ces mots : « Au cours de la tutelle » ont été ajoutés dans l'article.

Il est très difficile de trouver un motif juridique à cette exception en faveur d'un mineur émancipé au cours du mariage. Les rédacteurs de la loi ne voulaient pas toucher aux règles de l'administration légale, ils ont exagéré cette idée en soustrayant à l'application de la loi le mineur émancipé du vivant de ses père et mère. L'émancipation, en effet, fait cesser avec la puissance paternelle l'administration jusque-là dévolue au père. La situation est tout autre. Les rédacteurs de la loi ont vraisemblablement pensé que le mineur, depuis son émancipation jusqu'à sa majorité, ayant son père pour curateur, la présence de sa mère constituant toujours une garantie morale, se trouverait dans la même position sous la curatelle que sous l'administration légale. C'est oublier que le mineur peut perdre sa mère, que le père aussi peut mourir et être remplacé par un curateur étranger. Le mineur pourra donc aliéner ses meubles incorporels sans autre formalité que l'assistance de ce curateur ? C'est la conséquence nécessaire de la rédaction voulue de la loi.

Nous venons d'indiquer les deux hypothèses que notre loi a laissées en dehors de ses dispositions ; arrivons aux règles que cette loi édicte. Elles sont applicables à tous les mineurs émancipés au cours de la tutelle. La loi avait décidé dans ses articles 1, 2, 3 que les meubles incorporels appartenant à un mineur en tutelle ne pourraient être aliénés par le tuteur qu'après l'autorisation du conseil de famille (et l'homologation du tribunal au-dessus de 1,500 fr.). Elle déclare (art. 4) que l'émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer les mêmes formes pour l'aliénation de ses meubles incorporels. Cette disposition aurait été facilement suppléée au moins dans son principe. L'article 484 du Code suffisait à autoriser l'application de la loi à l'émancipé. Aussi le projet du gouvernement ne conte-

nait-il pas de disposition spéciale. On a ajouté l'article 4 pour enlever toute espèce de doutes.

Il est évident que l'article 10 de la loi, aux termes duquel « la conversion de tout titre nominatif en titre au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres » est applicable aux mineurs émancipés. Cette disposition se comprend d'elle-même ; la forme au porteur étant trop dangereuse pour un émancipé dont la fortune doit être en quelque sorte immobilière pour le prémunir contre sa prodigalité. L'ordonnance du 29 avril 1851 et le décret du 18 mars 1869 sont abrogés. L'article 10 de notre loi porte plus loin que son objet spécial ; il tranche d'une manière générale une grave difficulté. La jurisprudence considérait la conversion comme un acte d'administration ; désormais en s'appuyant sur cet article on devra y voir un acte de disposition.

L'émancipé assisté de son curateur ne pourra aliéner, en vertu de notre loi, aucun meuble incorporel, qu'aux conditions suivantes : I. Obtenir l'autorisation du conseil de famille, en vertu de l'article 1 qui dit : « Le tuteur ne pourra aliéner sans être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêt, obligations et autres meubles incorporels quelconques. » Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles. Les termes mêmes de l'article, où ne sont même pas reproduits ces mots de l'article 457 : « En cas de nécessité absolue ou d'un avantage évident, » laissent la plus grande liberté d'appréciation au conseil. Il résulte d'ailleurs très nettement des travaux préparatoires que le législateur a voulu ne poser aucune limite, pour que le conseil ne se crût pas enfermé dans un cercle trop étroit. (M. Denormandie, *Journal officiel*, 26 mai 1878, 5766.) Il est bien certain qu'au nombre des mesures que pourra prescrire le conseil il faut comprendre la détermination de l'emploi à faire des capitaux provenant de la vente. Ce cas est prévu

dans le rapport au Sénat (7 mai 1878, *Journal officiel*, ann. 215). Cette doctrine est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (20 juin 1843; Dev. 43, 1, 651, sur l'article 457 *in fine*). L'effet de cette fixation du mode d'emploi sera d'engager la responsabilité du tuteur en cas d'inexécution. Elle permettrait même de demander la nullité d'un emploi autre que celui prescrit, l'émancipé ayant dans ce cas agi en dehors des limites de son pouvoir. Mais elle ne crée aucune obligation à la charge du tiers acquéreur. Il a été bien constaté et par le rapport au Sénat et par un amendement [1] qui est devenu le dernier alinéa de l'article 6 que les tiers ne seraient dans aucun cas garants de l'emploi.

II. S'il s'agit d'une valeur dépassant 1,500 fr. l'émancipé devra faire homologuer la délibération (art. 2) par le tribunal « qui statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du code de procédure. » — « Dans tous les cas le jugement sera en dernier ressort. » Cet article n'a pas passé dans la loi sans difficulté et il a subi au cours de la discussion diverses transformations. Le projet du gouvernement n'exigeait en aucun cas l'intervention de la justice. La commission du Sénat avait considéré que lorsqu'il s'agissait d'un meuble incorporel d'une certaine valeur (le chiffre fixé était 5,000 fr.), l'homologation devait intervenir suivant les règles des articles 882 à 889 du code de procédure [2]. Au cours de la discussion au Sénat, l'article fut modifié en trois points : 1° L'homologation n'était exigée que lorsque le conseil n'aurait pas été unanime ; 2° en cas de dissentiment entre les membres ou entre eux et le juge de paix, la délibération devait toujours être homologuée, quelle que fût d'ailleurs l'importance de la valeur à aliéner ; 3° le jugement ne serait pas susceptible d'appel contrairement à l'article 889 [3]. De ces

[1] M. Clément, *Journal officiel*, 26 mai 1878, 5767
[2] Rapport au Sénat, *Journal officiel*, 7 mai 1878.
[3] *Journal officiel*, 26 mai 1878.

trois modifications, la Chambre (*Journal officiel*, 30 novembre 1879) n'a conservé que la dernière. Elle a rétabli le texte primitif de la commission du Sénat, en descendant le chiffre de 5,000 fr. d'abord à 3,000 fr. puis 1,500 fr. Le texte définitif a été adopté au Sénat dans la séance du 17 février 1880. En résumé, lorsqu'il s'agira de valeurs au-dessus de 1,500 fr. un jugement d'homologation sera nécessaire. Il sera rendu dans les mêmes formes que s'il s'agissait d'aliéner un immeuble, avec cette seule différence qu'il sera en dernier ressort. L'article 2 dit : « Dans tous les cas le jugement sera en dernier ressort. » Il pourrait en effet y avoir jugement et appel dans deux cas : 1° Si la valeur à aliéner dépassait 1,500 fr., c'est le jugement d'homologation; 2° si la valeur étant inférieure à 1.500 fr., mais la délibération non unanime, le tuteur ou quelque membre s'était pourvu en justice. (Code pr., art. 882.)

III. Quant à la réalisation même de la vente, quelles formalités devra remplir l'émancipé ? Article 3 : « S'il s'agit de valeurs négociables à la Bourse l'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change au cours moyen du jour. » S'il s'agit, au contraire, de valeurs ou autres meubles incorporels non négociables en Bourse nous ne trouvons aucune disposition précise dans la loi. Nous croyons, quoique ce point soit vivement controversé, que sous le code civil l'émancipé n'était pas tenu de vendre les meubles aux enchères. Si on admettait cette doctrine il faudrait observer que le conseil ne pourrait pas dispenser l'émancipé de la formalité des enchères. En effet, le dernier paragraphe de notre loi n'est que la reproduction de l'article 457 *in fine :* « Le conseil de famille prescrira les mesures (l'art. 457 met conditions) qu'il jugera utiles. » Or il est admis par tous les auteurs[1] que le droit du conseil ne peut pas aller jusqu'à dispenser des enchères de l'article 459 pour la vente des

[1] M. Demolombe, t. VII, page 525 ; Aubry et Rau, I.

immeubles. Conclusion : la loi du 27 février n'ayant pas prévu le mode de vente des meubles incorporels non négociables en Bourse, il faut s'en référer au code civil qui prescrivait la vente aux enchères. Le conseil ne pourrait jamais dispenser le tuteur de cette formalité. Ce système qui pourrait s'appuyer sur une interprétation rigoureuse de la loi ne nous semble pas devoir être admis. Il serait contraire à l'intention des rédacteurs. On lit en effet dans le rapport : « En résumé, et pour les valeurs non négociables à la Bourse... s'il est utile souvent de les vendre aux enchères publiques, il est parfois indispensable de les réaliser de gré à gré et au mieux des intérêts du propriétaire... Il était donc impossible d'imposer un mode de procéder. Les intéressés resteront à cet égard dans le droit commun. Le conseil et, en cas d'homologation, le tribunal prescriront ce qui leur semblera le plus utile. » Obliger le tuteur à vendre aux enchères aurait été d'ailleurs impossible dans certains cas, pour la vente des offices par exemple.

Nous devons relever ici la dernière phrase du rapport que nous venons de citer : « Le conseil et, en cas d'homologation, le tribunal, prescriront les mesures utiles. » Dans le silence de la loi nous ne croyons pas devoir admettre cette règle à la lettre. Ce serait le renversement d'une jurisprudence bien établie pour l'aliénation des immeubles. C'est au conseil et à lui seul qu'il appartient de fixer les mesures utiles. L'article 2 de notre loi ne donne sur ce point aucun droit au tribunal, ses pouvoirs sont déterminés par les articles 953 et suivants du code de procédure, auquel il n'est pas innové. La Cour de cassation a déclaré (9 février 1863) que le tribunal doit se borner, si la vente ou les conditions sous lesquelles elle est autorisée ne lui paraissent pas admissibles à refuser l'homologation qui lui est demandée ; il ne peut substituer d'office d'autres mesures à celles qui ont été adoptées par le conseil. Cette jurisprudence nous semble devoir être étendue aux aliénations de meubles prévues par

la loi du 27 février, malgré la phrase du rapport que nous venons de citer et qui d'ailleurs est contredite par l'article 1 de la loi.

En résumé, autorisation du conseil, homologation au-dessus de 1,500 fr., vente par l'intermédiaire d'un agent de change ou dans la forme déterminée par le conseil, telles sont les conditions auxquelles l'émancipé assisté de son curateur devra désormais se conformer pour aliéner les meubles incorporels.

H. Il est une classe d'actions très importantes sur lesquelles le Code ne s'est pas plus prononcé à propos de l'émancipé que du pupille, ce sont toutes les actions d'état, telles que les demandes en nullité de mariage, en séparation de corps, en réclamation de filiation légitime ou naturelle, en désaveu d'enfant. Les auteurs et la jurisprudence sont très divisés sur le point de savoir comment l'émancipé pourra les exercer[1]. Parmi les diverses opinions nous préférons celle qui n'exige que l'assistance du curateur sans autre formalité. A cause de leur importance on peut les assimiler aux actions immobilières (art. 484). Vainement objectera-t-on contre cette assistance qu'elles exigent l'appréciation d'intérêts moraux, qu'elles touchent souvent à l'honneur et à la dignité de l'émancipé et même à sa sûreté, que ce sont (pour la séparation de corps surtout) des questions essentiellement personnelles dont le mineur seul doit être juge, que le législateur dans les articles 875 et 878 du Code de procédure n'a prescrit aucune de ces formes et que dès lors on ne peut les imposer arbitrairement. Nous répondrons qu'il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un époux encore mineur quoique émancipé ; que ses susceptibilités sont ménagées puisque le droit d'intenter des actions appartient exclusivement à l'émancipé et que le seul rôle du curateur est de l'assister dans la procé-

[1] Il a été jugé que l'émancipé peut seul former une demande en séparation de corps (1806, Bordeaux) et qu'il faut pour une demande en nullité outre l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille. (Turin, 1807.)

dure ; que cette intervention ne peut que lui être très utile pour le guider dans la direction d'un procès où ses passions sont souvent en jeu. Nous pouvons en outre tirer un argument *à fortiori* de l'article 482, car les actions sont encore plus importantes que les actions immobilières. Quoique les demandes en séparation de corps, observent MM. Aubry et Rau, ne constituent pas de véritables questions d'état, elles intéressent d'une manière trop essentielle la condition personnelle des époux et leurs enfants, pour ne pas les placer sur la même ligne. L'article 878 du code de procédure qui prescrit dans des vues d'ordre public la comparution des parties devant le président et qui remplace par l'autorisation de ce magistrat l'autorisation maritale nécessaire à la femme pour ester en justice n'a rien de commun avec la question dont il s'agit ici.

I. L'émancipé pouvant fixer son domicile là où il veut, peut être aurait-on été tenté d'en conclure qu'il est par là-même capable de changer sa nationalité. Mais c'est là un acte qui doit lui être aussi complètement interdit que s'il était en tutelle, car les lois de 1849 et 1867 sur la naturalisation et les articles 9 et 10 du Code ne parlent que des majeurs.

J. Examinons si, dans le cas où une demande en interdiction est formée contre l'émancipé, son curateur doit être mis en cause. La question dépend d'abord de celle-ci : un mineur peut-il être interdit ? Nous n'hésitons pas à la résoudre affirmativement avec la majorité des auteurs bien que l'article 489 ne parle que du majeur ; car il y a des circonstances où l'interdiction d'un mineur en tutelle peut être très utile. Pour l'émancipé, objecte-t-on, elle est inutile puisqu'on peut toujours faire révoquer l'émancipation. Mais, répondrons-nous, si ce mineur qui se trouve dans les cas prévus par l'article 489, c'est-à-dire dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur n'a pourtant contracté aucun engagement excessif, il n'est pas dans les conditions exigées par l'ar-

ticle 485 et la révocation de l'émancipation est impossible. De plus, si le mineur est marié, la majorité des auteurs admet avec raison, croyons-nous, que l'émancipation tacite qui lui a été conférée est irrévocable. D'ailleurs en supposant que l'émancipé touche bientôt à sa majorité on sera forcé dans le système de nos adversaires d'employer, presque coup sur coup, contre lui deux mesures différentes : d'abord la révocation de l'émancipation, puis bientôt après l'interdiction.

Revenons maintenant à notre question primitive dont la solution est aisée. Pour le mineur en tutelle, lorsqu'une demande en interdiction est formée contre lui, on admet généralement que le tuteur doit être mis en cause (art. 450). Quant au mineur émancipé on admet au contraire que l'assistance du curateur est inutile ; car elle n'est requise que pour certains actes déterminés et l'émancipé a lui-même l'exercice de ses droits. On pourrait objecter que quand l'assistance du curateur est exigée dans des cas relativement peu importants, le législateur n'a pu vouloir abandonner complètement l'émancipé à lui-même quand il s'agit pour lui de défendre à une demande où son état et sa capacité sont en jeu. Nous déciderons cependant que l'assistance du curateur n'est pas indispensable pour défendre à une demande en interdiction ni même pour interjeter appel d'un jugement prononçant l'interdiction. Un arrêt conforme de la Cour de Bourges (22 décembre 1862) consacre cette opinion, mais en se fondant sur des motifs peut-être trop absolus. Les véritables raisons de décider sont celles qui se trouvent développées dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1858 qui a statué sur la question analogue concernant le prodigue. Cette décision est fondée sur ce que la nature et le but de la demande en interdiction ainsi que les formes spéciales de la procédure rendent inutile et sans objet l'assistance du conseil judiciaire.

Ce que nous avons dit de l'interdiction du mineur est, par

les mêmes motifs, applicable à la nomination d'un conseil judiciaire.

K. L'assistance du curateur est encore nécessaire pour l'acquiescement aux demandes mobilières sur lesquelles l'émancipé ne peut ester seul en justice et le désistement soit d'actions mobilières de cette nature soit même d'actions immobilières. On pourrait objecter, disent MM. Aubry et Rau, que si l'assistance du curateur ne suffit pas pour valider l'acquiescement à une demande immobilière, et s'il faut en outre l'autorisation du conseil de famille, on ne voit pas pourquoi cette autorisation ne serait pas également requise pour le désistement d'une action de cette nature. Mais il n'y a pas d'assimilation à faire, sous ce rapport, entre l'acquiescement qui constitue nécessairement une renonciation à l'objet de la demande et le désistement qui n'est que l'abandon d'une action dont le mineur assisté de son curateur avait le libre exercice.

L. Nous avons dit que l'émancipé pouvait seul diriger contre ses débiteurs toutes espèces de poursuites soit mobilières soit immobilières ayant pour objet le recouvrement de simples revenus. Nous remarquerons ici que l'article 744 du code de procédure exige formellement l'assistance du curateur lorsqu'il s'agit de poursuivre l'expropriation forcée des immeubles du débiteur, de former une demande tendant à la conversion en vente volontaire d'une saisie immobilière, ou de s'adjoindre à une pareille demande. L'expropriation des propres immeubles de l'émancipé ne pourrait être poursuivie contre lui que s'il était assisté de son curateur.

M. La réquisition accordée aux créanciers hypothécaires de mise aux enchères des immeubles dont le tiers détenteur poursuit la purge, quoique constituant en elle-même et dans son but un acte conservatoire, exige cependant, eu égard à l'engagement auquel elle est subordonnée, et à la forme sous laquelle elle doit se produire, que celui dont elle émane ait la capacité de s'obliger et d'ester en justice. Ainsi le mi-

neur émancipé ne peut former sans l'assistance de son curateur une surenchère définitivement valable à raison d'une créance qui lui appartiendrait contre un tiers. Toutefois, continuent MM. Aubry et Rau, à propos de l'autorisation analogue que la femme doit obtenir de son mari, comme le vice résultant du défaut d'autorisation est purement relatif, le tiers acquéreur n'est pas admis à s'en prévaloir pour demander la nullité de la surenchère qui pourra être régularisée par l'autorisation venant à se produire même après l'expiration du délai fixé par l'article 2185. (En sens contraire Duranton, XX, 403.) Seulement devrait-on admettre de sa part le refus de procéder sur l'assignation à lui donnée pour la réception de la caution, tant que l'autorisation ne serait pas rapportée, et même la demande tendant à ce que, faute par la femme de produire cette autorisation dans un délai à fixer par le tribunal, la réquisition de mise aux enchères fût rejetée définitivement.

N. Il faudrait enfin au mineur émancipé l'assistance de son curateur pour donner à bail un immeuble pour plus de neuf ans. Nous nous sommes déjà expliqués à cet égard.

§ 3. — *Actes pour lesquels il faut, outre l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille.*

Le principe à cet égard est contenu dans l'article 484 qui refuse à l'émancipé le droit « de faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. » Ces actes sont les suivants :

A. Aliénation des meubles incorporels. (Voir plus haut.) D'autres formalités sont même parfois nécessaires.

B. Acquiescement à une demande immobilière (art. 464 et 484 combinés); car l'acquiescement peut renfermer une aliénation. M. Demolombe, cependant, se contente de l'autorisation du curateur parce que la loi qui permet à l'émancipé

de plaider en matière immobilière avec la seule assistance de son curateur, lui confère par là-même le droit de faire tout ce qu'exige la conduite du procès; ne serait-ce que pour éviter des frais. (Cass., 1832.)

C. Acceptation et répudiation d'une succession (art. 461 et 484 combinés), et encore l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. Mêmes formalités pour opérer la cession de ses droits même dans une succession mobilière ou dans une communauté ou une société [1] parce que cette cession emporte acceptation (art. 461, 730). Il a été jugé que l'autorisation du tribunal ne suffirait pas pour habiliter l'émancipé même à une répudiation; le tribunal ne peut se substituer au conseil de famille : les juridictions sont d'ordre public ; la famille seule est bien en état d'apprécier les circonstances ; du reste le tribunal n'a aucune compétence puisqu'il n'est même pas appelé à homologuer la décision du conseil. Il est vrai que l'art. 883 du Code de procédure permet de se pourvoir contre les avis de parents qui ne sont pas unanimes; l'intervention du tribunal est par là-même restreinte au cas où, la famille s'étant expliquée régulièrement, il peut être utile de consulter une autre autorité sur les divers motifs indiqués pour ou contre; mais il ne peut en ressortir le pouvoir pour le tribunal de s'emparer *omisso medio* des questions relatives à la curatelle. Enfin, comme il ne s'agit là que d'actes d'administration, les décisions de la justice rendues sans contradiction n'ont pas le caractère de jugement, et ne peuvent acquérir autorité de chose jugée.

MM. Aubry et Rau ont soutenu que l'assistance du curateur était ici inutile pour l'émancipé, et que l'autorisation du conseil de famille suffisait. En effet, disent-ils, la rédaction primitive de l'art. 484 soumise au Tribunat exigeait formellement l'assistance du curateur; or cette condition fut sup-

[1] Nimes, 14 janvier 1839.

primée dans le texte définitif, ce qui prouve bien la pensée du législateur, inspirée du reste par cette considération que l'assistance du curateur serait sans objet. Nous préférons l'opinion contraire, car il nous semble arbitraire de tirer une conséquence aussi grave de la suppression de quelques mots opérée sans autre explication. En outre l'assistance du curateur qui est la règle ordinaire nous paraît ici d'autant plus nécessaire que les actes dont il s'agit ont plus d'importance; ce serait donc aller contre l'esprit de la loi que de priver ainsi l'émancipé d'une garantie à laquelle l'adjonction d'autres formalités n'enlève rien de son utilité. Nous en dirons autant pour la catégorie d'actes qui suit :

§ IV. — *Actes pour lesquels il faut outre l'assistance du curateur et l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal.*

Le principe est encore contenu dans l'art. 484. Mais comme ces actes, à raison de leur gravité, peuvent compromettre davantage la fortune de l'émancipé, la loi n'exige pas seulement l'assistance du curateur et l'autorisation du conseil de famille; elle veut encore que le tribunal soit appelé à juger de l'opportunité du contrat et qu'il donne son homologation après avoir entendu les conclusions du ministère public, absolument comme si le mineur n'était pas émancipé.

A. Aux termes de l'art. 483 « l'émancipé ne pourra faire d'emprunts sous aucun prétexte » sans remplir toutes les formalités sus-énoncées. Par ces expressions si absolues la loi a voulu prohiber complètement les prêts « ce fléau de l'inexpérience, qui ne doivent pas exister pour un mineur même émancipé » a dit l'orateur du gouvernement. L'article 483 ne rappelant pas les dispositions de l'alinéa 2 de l'art. 457, et les rédacteurs du Code ayant à côté de la règle générale de l'art. 484 1° consacré une disposition spé-

ciale à l'emprunt, MM. Aubry et Rau avaient soutenu tout d'abord que l'autorisation d'emprunter pourrait être accordée même hors des cas de nécessité absolue ou d'avantage évident [1], mais ils ont changé d'avis parce que l'assimilation de l'art. 484 du mineur non émancipé et de l'émancipé pour tous les actes autres que ceux de pure administration s'applique nécessairement à l'emprunt. Quant à la présence au Code d'une disposition spéciale à cet acte juridique, elle s'explique par la circonstance que la règle générale de l'alinéa 1 de l'art. 484 n'a point été rédigée en même temps que l'art. 483 et n'a été introduite qu'après coup dans le projet sur les observations du Tribunat qui craignit que, l'art. 483 n'exigeant que pour le cas d'emprunt l'accomplissement des formes prescrites au mineur ordinaire, on ne vînt à en conclure que ces formes n'étaient pas nécessaires pour les autres actes même les plus importants, par exemple la vente d'un immeuble. Du reste le maintien de cet article montre bien la volonté du législateur. Un article du projet permettait à l'émancipé d'emprunter seul jusqu'à concurrence d'une année de ses revenus; mais il fut supprimé dans la rédaction définitive. L'émancipé ne peut donc jamais emprunter seul, pas même pour subvenir à des dépenses de pure administration; car les emprunts plus considérables sont évidemment défendus et l'art. 483 n'aurait pas été fait uniquement pour les interdire; il a donc visé aussi les emprunts pour l'administration. On devrait annuler toutes les conventions ou combinaisons indirectes par lesquelles l'émancipé aurait cherché à déguiser un emprunt ainsi que le cautionnement par lequel il se porterait garant de la dette d'un tiers. C'est encore par application de ces principes qu'il

[1] Toullier prétend qu'il suffit qu'il y ait l'espérance d'avantages. On dit aussi que le code exige les garanties bien suffisantes et qu'il ne faut pas oublier le principe de liberté qui s'attache à l'émancipation. M. Demolombe répond que dans l'idée de la loi les art. 483 et 484 se réfèrent aux art. 457 et suivants, que le mineur quel qu'il soit doit être protégé, et tire aussi argument de l'art. 2206.

a été jugé : 1° Que l'emprunt fait par l'émancipé seul ne pourrait être validé par l'offre que ferait le prêteur de prouver que cet acte a eu pour cause véritable des fournitures effectuées; car l'acte a été frappé de nullité dès le moment de sa passation, et on ne peut vivifier par des moyens détournés un acte anéanti par la loi; 2° que la femme mineure doit, pour s'engager au delà des actes d'administration et surtout si son engagement dépasse la valeur de son apport dotal, remplir nos formalités; et que son mari comme intéressé n'a pu l'autoriser dans l'acquisition solidaire qu'elle faisait avec lui d'un fonds de commerce; 3° que l'emprunt contracté sans ces formalités par une femme mineure conjointement et solidairement avec son mari dont elle est dans ce cas la caution, est nul et n'est pas seulement réductible [1]. Si l'autorisation n'avait pas eu lieu, l'émancipé ne serait tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il aurait profité, et le prêteur n'aurait de recours contre le curateur qu'autant qu'il aurait promis garantie. (Arg. *à fortiori*, art. 1997.)

B. Les mêmes garanties sont exigées pour l'aliénation des immeubles à titre onéreux. La règle est générale; il faut l'appliquer même à la vente d'immeubles achetés avec les épargnes de l'émancipé ou les économies faites sur ses revenus. La loi ne distingue pas et veut avant tout lui conserver intacte sa fortune immobilière. Les règles sont applicables même pour l'aliénation des choses ayant le caractère d'immeubles telles qu'une futaie, quoiqu'elle devienne meuble par la vente. Les mêmes autorisations devraient être obtenues par la femme mineure mariée sous le régime de la communauté pour consentir à l'aliénation de ses immeubles par le mari (art. 1428). Voyons en quelques mots quelles dérogations le contrat de mariage peut apporter à ces règles.

C'est un acte spécial pour lequel le Code a modifié com-

[1] Bourges, 1838.

plètement les règles ordinaires de la capacité des mineurs, car il comporte des aliénations et le plus ordinairement des donations (usufruit de la femme, clause d'ameublissement). Or il n'y a pas de formes, nous le verrons plus bas, pour valider les donations de biens appartenant à des émancipés; de plus, exiger nos formalités pour la perfection du contrat aurait abouti en cas de refus à enlever toute valeur réelle au consentement donné par les ascendants au mariage; enfin la loi voit avec faveur le mariage et les conventions qui en sont l'accessoire. Régulièrement assisté, c'est-à-dire accompagné des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, l'émancipé est déclaré capable de consentir toutes les conventions « dont le contrat de mariage est susceptible. » Quelles sont ces conventions dont parle l'art. 1398? Nous devons nous le demander, car on ne saurait admettre que les immunités spéciales dont jouit le contrat de mariage protégeront les clauses parasites qui n'ont peut-être qu'un rapport très éloigné avec le règlement du régime matrimonial. La jurisprudence a décidé qu'en se constituant en dot le prix d'un immeuble vendu sans formalités pendant sa minorité, le futur conjoint n'en conservait pas moins le droit de faire rescinder la vente (15 janv. 1824); que la femme ne pouvait donner mandat à son mari de faire le partage amiable d'une succession dont elle se constituait l'émolument en dot (Bordeaux, 25 janv. 1826), que la femme mineure pouvait faire annuler une donation à elle faite par son père dans son contrat de mariage, sous la charge de payer les dettes de celui-ci dont l'ensemble dépassait la valeur de l'immeuble. (Cass., 1867.) Sous le régime de communauté le mari ne peut aliéner les immeubles propres de sa femme sans son consentemeut. La femme pourrait, par contrat de mariage, lui donner le pouvoir d'aliéner, sans consentement. Mais si les époux se sont mariés sous le régime dotal avec cette clause que le mari pourrait aliéner les immeubles avec le consentement de sa femme, ce con-

sentement ne sera valable qu'après l'autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal. (Grenoble, 1848; Riom, 1840.)

C. Dans cette catégorie rentre aussi l'hypothèque des immeubles de l'émancipé, bien que la question soit discutée comme nous l'avons vu précédemment. Il faut en dire autant de l'antichrèse qui confère au créancier un véritable droit réel sur l'immeuble et que la loi du 25 mars 1855 (art. 2, 1[er]) soumet d'ailleurs à la prescription. Nous déciderons encore ici et pour l'aliénation, comme pour l'emprunt, que le conseil de famille ne doit autoriser qu'en cas de nécessité absolue ou d'avantage évident.

D. Enfin l'émancipé ne peut transiger qu'avec l'assistance de son curateur et l'autorisation du conseil de famille et après avoir pris l'avis motivé de trois jurisconsultes [1] désignés par le procureur de la République. Il faut en outre l'homologation du tribunal, le ministère public entendu. Nous avons dit plus haut ce qu'il faut penser de la doctrine qui prétend que l'émancipé peut faire seul toutes les transactions relatives à des actes de pure administration. MM. Aubry et Rau admettent les transactions sans formalités qui portent sur des actes d'administration ou des objets dont l'entière disposition appartient au mineur. Mais ils ne vont pas si loin que MM. Zachariæ et Demolombe. « Ces auteurs, disent-ils, semblent placer sur la même ligne les actes de pure administration et les engagements (obligations contractées par le mineur, acquisitions à crédits, baux, traités) permis à l'émancipé, en disant que pour ces engagements aussi bien que pour ces actes l'émancipé est réputé majeur, et que dès lors il peut transiger et compromettre sur les premiers tout aussi bien que sur les seconds. Comme les engagements que l'émancipé a contractés sont toujours réductibles en cas

[1] Sont réputés jurisconsultes les avocats inscrits au tableau depuis dix ans.

d'excès, il n'est pas exact de dire qu'il soit en ce qui concerne de pareils engagements réputé majeur. Il est d'ailleurs évident que l'émancipé ne peut par transaction ou compromis porter atteinte à l'action en réduction que la loi admet en sa faveur.

Il a été jugé que, quoique l'émancipé qui avec l'assistance de son curateur a consenti une transaction entachée de lésion à son préjudice, puisse à sa majorité en demander la rescision, néanmoins s'il a depuis sa majorité disposé de partie des biens qui lui ont été abandonnés par cette transaction, cette aliénation emporte ratification de sa part pour toute la portion aliénée. Mais si les choses étaient entières on ne pourrait passer par-dessus l'omission des formes exigées par la loi.

§ V. — *Actes absolument interdits à l'émancipé.*

Il est enfin certains actes que l'émancipé ne peut pas faire du tout, pas plus que le mineur en tutelle ou le tuteur lui-même.

A. En première ligne nous placerons la donation entre vifs, fût-elle de capitaux ou de meubles. Cependant on permet à l'émancipé, avons-nous déjà dit, les cadeaux et présents d'usage qui sont en rapport avec sa fortune. Nous en avons dit autant des remises de fermages faites aux preneurs pour de graves et justes causes; c'est un acte d'administration loyale et prudente qui maintient le fermier en état de bien exploiter la ferme.

B. Le mineur même émancipé, qui n'a pas seize ans accomplis, ne peut tester : au delà de cet âge il ne peut disposer par testament que de la moitié des biens qu'il pourrait léguer s'il était majeur. (Art. 903 et 904.)

C. Bien qu'il puisse être choisi pour mandataire (article 1990), l'article 1030 défend de prendre l'émancipé pour exé-

cuteur testamentaire à cause des difficultés inhérentes à une telle mission et de la responsabilité qui peut en résulter.

D. Enfin il ne peut jamais faire de compromis, c'est-à-dire soumettre à la décision de simples arbitres un différend dans lequel il est intéressé, même, d'après nous, lorsqu'il s'agit, avons-nous vu plus haut, d'un acte de pure administration.

SECTION II

DU MINEUR ÉMANCIPÉ COMMERÇANT

I. Le Code civil avait admis le principe de l'ordonnance de 1673 (art. 3) qui autorisait les mineurs à faire le commerce, tout en le restreignant aux émancipés. Le projet du Code de commerce consacrait la même règle : elle fut critiquée par les tribunaux appelés à émettre leur avis, quelques-uns contestèrent même l'utilité d'autoriser les mineurs à faire le commerce sous une législation qui fixait la majorité à vingt et un ans. Cependant le Conseil d'État reconnut que, dans bien des cas, un mineur pouvait avoir grand intérêt à devenir commerçant, qu'il fallait donc accorder cette permission d'une manière générale. Toutefois pour prévenir les abus possibles on exigea non-seulement que le mineur fût préalablement émancipé, mais encore remplît plusieurs conditions spéciales. Il faut pour le commerce une capacité très étendue ; la capacité restreinte et limitée que confère l'émancipation n'aurait donné aux tiers aucune sécurité ni par suite aucun crédit au mineur dans ses opérations.

II. Pour qu'un mineur de l'un ou l'autre sexe puisse être commerçant ou même seulement faire des actes de commerce, il faut :

1° Qu'il soit émancipé, expressément ou tacitement, peu importe ;

2° Qu'il ait dix-huit ans accomplis, lors même qu'il aurait été émancipé avant cet âge ;

3° Qu'il soit préalablement autorisé à cet effet par son père ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou absence du père. A défaut du père et de la mère, l'autorisation sera donnée par le conseil de famille dont la délibération devra être soumise à l'homologation du tribunal. S'il s'agit d'une mineure mariée, l'autorisation du mari, même tacite, serait aussi nécessaire. (Art. 4, Code de commerce.) Si, en outre, le mari est mineur, ou ne peut, ou ne veut autoriser sa femme, celle-ci s'adressera à la justice qui l'autorisera et lui nommera de plus un tuteur *ad hoc* pour l'assister. (Marcadé, tome I, art. 224, n° 3.)

Il faut toujours un acte exprès d'autorisation, un simple consentement ne suffirait pas. Mais on ne doit pas exiger, en l'absence de textes, qu'elle soit donnée par devant notaires, ou devant le juge de paix. A l'objection que rien dans un acte sous-seing privé ne garantit la sincérité de la signature, de l'écriture et de la date, on répond que pour rendre cet acte aussi régulier qu'un acte authentique il suffit d'en faire légaliser la signature, et de lui donner date certaine par l'enregistrement. De plus, bien que des auteurs aient pensé que la question devait se résoudre en fait et d'après les circonstances (Demolombe, t. IV, n° 305) nous croyons que cette autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire désigner la branche de commerce que l'émancipé doit embrasser. Outre que cette solution est dans l'intérêt du mineur dont on doit consulter les aptitudes, elle nous paraît aussi résulter des termes de l'article 3 du Code de commerce qui exige que l'émancipé soit autorisé même quand il ne veut faire que des actes de commerce isolés ; et aussi de l'article 487 qui dit que : « l'émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce, » mais non pour tous les actes commerciaux en général.

4° Que l'acte d'autorisation soit enregistré au greffe et affiché dans l'auditoire du tribunal de commerce du lieu où l'émancipé veut s'établir ; s'il n'en existe point, les mêmes

formalités seront accomplies au tribunal civil. (Art. 2, 3, 640, Code de commerce.)

Ces quatre conditions sont exigées à peine de nullité. L'émancipé qui ne les aurait pas préalablement remplies ferait en vain des actes de commerce ; il ne serait pas commerçant et n'aurait que la capacité civile de l'émancipé ordinaire ; aucune des dispositions du Code de commerce ne lui serait applicable.

III. A. Si, au contraire, il a satisfait aux conditions imposées par la loi, il acquiert, outre la qualité de commerçant, une capacité et des droits nouveaux. L'article 487 (ajoutez art. 1308) le répute majeur pour tous les faits relatifs à son commerce, d'où il suit qu'il peut faire seul, sans formalités, toutes les opérations nécessaires à l'exercice de sa profession et qu'il ne pourrait pas dès lors (Marcadé) invoquer la restitution pour lésion dont parle l'article 1305 [1]. Il a donc le droit de vendre, acheter, emprunter, plaider, s'engager, compromettre, transiger. Il peut même engager ou hypothéquer ses immeubles pour sûreté de ses obligations commerciales afin de se procurer l'argent et le crédit dont il a besoin. Toutefois, l'article 6 du Code de commerce exige que, pour aliéner ses immeubles, il observe les formalités prescrites aux mineurs en tutelle par les articles 457 et suivants du Code civil. Mais cette restriction à sa capacité ne prive pas ses créanciers commerciaux du droit de faire saisir et vendre ses immeubles sans discuter préalablement son mobilier (art. 2206) puisqu'à leur égard, en ce qui concerne leurs titres commerciaux, il est réputé majeur.

B. Par suite de cette majorité fictive, l'émancipé commerçant, à la différence des autres mineurs, pouvait avant la loi de 1867 être soumis à la contrainte par corps. (Art. 2064, loi de 1832, 2,2°.) De même la prescription court contre lui

[1] Article 1308. « Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art »

pour toutes les obligations et les faits relatifs à son négoce.

C. Cette capacité extraordinaire de l'émancipé ne s'applique qu'à ses actes commerciaux; pour tous les actes purement civils, il reste soumis à toutes les dispositions et formalités du droit commun. Majeur relativement aux premiers, il n'est qu'émancipé en ce qui concerne les seconds ; il y a donc pour les personnes qui contractent avec lui un grand intérêt à savoir s'il a fait un acte relatif ou non à son commerce. Aucun doute n'est possible lorsqu'il s'agit d'un acte commercial par sa nature, comme une lettre de change ou lorsque en traitant l'émancipé a déclaré que l'acte concernait son négoce. De même, lorsqu'il fait une donation, accepte une mission, l'acte est évidemment civil.

D. Mais que décider dans le cas où les actes qu'il a passés n'indiquent pas par leur nature même dans quel but ils ont été faits ? Ainsi, s'il emprunte d'un commerçant devra-t-on présumer que cet emprunt a été contracté pour les besoins de son commerce, ou devra-t-on admettre la présomption contraire ? En d'autres termes, si plus tard il demande la nullité de cet emprunt, sera-ce à lui de prouver qu'il a été fait dans un but étranger à son commerce, ou à son adversaire à prouver qu'il s'y rapporte ? Il s'agit donc ici de savoir si son obligation est valable ou non, nullement de savoir si elle est commerciale ou civile, question qui n'offre qu'un intérêt de compétence surtout depuis l'abolition de la contrainte par corps.

Trois systèmes principaux sont en présence : un premier soutient qu'en principe l'obligation n'est pas valable, l'incapacité du mineur étant de droit commun ; un second prétend qu'elle est toujours valable, l'article 638 du Code de commerce étant suffisamment explicite ; enfin un troisième distingue entre les simples billets souscrits par l'émancipé commerçant pour lesquels il admet le second système et les aliénations et emprunts consentis par lui devant notaires pour lesquels il admet le premier système.

Sans entrer dans l'examen de chacune de ces trois opinions, nous nous contenterons d'exposer la doctrine qui nous paraît préférable [1].

Il faut décider que tous les actes faits par un émancipé commerçant sont jusqu'à preuve contraire réputés étrangers à son commerce, toutes les fois que leur propre nature ne révèle pas nécessairement un caractère commercial. L'obligation contractée n'est donc pas valable à moins que ses créanciers ne prouvent qu'elle est commerciale ou que ce caractère ne résulte de l'acte lui-même. En effet, avons-nous dit plus haut, la capacité de l'émancipé doit en général s'interpréter restrictivement. Pour lui comme pour le mineur en tutelle et la femme mariée, l'incapacité est le droit commun, la capacité n'est que l'exception ; ce qui le prouve, c'est que la loi a soin d'énumérer limitativement les actes qu'elle l'autorise à faire et indique en même temps les conditions de validité qu'elle met à chacun d'eux. Or, lorsqu'on se trouve en présence du droit commun et d'une exception, ce n'est pas la règle qui a besoin d'être prouvée, mais l'exception. L'émancipé commerçant qui demande la nullité d'un acte en se fondant sur son incapacité se place dans le droit commun ; son adversaire soutenant qu'il a été capable invoque une exception dont il doit faire la preuve. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la loi eût établi une présomption en faveur de ceux qui traitent avec l'émancipé ; or, nous n'en trouvons trace nulle part.

Il est vrai que l'article 638 du Code de commerçe dit que des billets souscrits par un commerçant seront réputés faits pour son commerce. D'abord cette présomption, en la supposant applicable à notre espèce, ne s'applique qu'aux billets et un commerçant a bien d'autres manières de s'obliger pour son commerce. Mais il faut aller plus loin et la rejeter com-

[1] Les auteurs n'ont traité la question qu'à propos de la femme mariée autorisée à faire le commerce, mais le raisonnement est le même pour le mineur émancipé.

plètement. La présomption légale, définie par l'article 1350, ne peut être étendue d'un fait ou d'un acte à un autre différent ; car ce serait la créer, ce que le législateur seul peut faire. Or, de la présomption écrite dans l'article 638, il résulte que le billet souscrit par un commerçant majeur et pleinement capable est considéré comme une obligation commerciale, non comme une obligation civile. Cet article ne s'occupe que d'une question de compétence ; cela résulte non-seulement de la rubrique du titre où il est placé (*De la compétence des tribunaux de commerce*), mais encore des articles qui le précèdent (art. 632, 633), qui énumèrent ce que l'on entend par acte de commerce. Puisque, ainsi que nous l'avons fait remarquer, nous nous occupons d'une question de validité d'obligation, l'article 638 est inapplicable, et nous rentrons dans le droit commun.

Il est vrai que, comme on l'objecte, l'article 638 ne distingue pas entre le commerçant majeur et le mineur, et que l'article 487 dit que l'émancipé commerçant est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce. Sans doute, cette distinction n'y est pas faite explicitement ; mais la disposition de cet article autrement comprise aurait des conséquences si importantes pour les émancipés souscripteurs de billets qu'il y a tout lieu de croire que, si les rédacteurs du Code de commerce eussent entendu la leur appliquer, ils l'auraient dit expressément.

Enfin, ajoute-t-on, le commerce étant la principale affaire de ceux qui en font leur profession, on doit croire que toutes les obligations qu'ils contractent y sont relatives. C'est vraisemblable, mais cette vraisemblance ne peut pas suffire pour constituer une présomption légale [1].

[1] Bravard, art. 5, *Code com.* Pardessus, *Droit com.*, I, 62 et 71. Massé, *Droit com.*, III, 93 et 275. Contra : MM. Demol., Valette, Marcadé, Demangeat, sur Bravard. Il a été jugé qu'une femme mineure émancipée par le mariage et marchande publique ne peut être restituée contre les engagements qu'elle a souscrits pendant sa minorité qu'autant qu'elle a été lésée ou qu'un dol aurait été pratique à son égard. (Grenoble, 1826.)

Il a été jugé que l'engagement et spécialement le billet à ordre souscrit par l'émancipé à une personne de bonne foi, quoique sans l'assistance du curateur ou l'autorisation du conseil de famille, est valable si cet engagement est inférieur aux revenus du mineur et s'il a un but utile, tel que celui de conserver l'honneur de son père et le sien propre.

E. Il n'y a pas de doute que l'émancipé commerçant pourrait être autorisé par qui de droit à contracter une société commerciale avec une ou plusieurs personnes ; mais, lorsqu'il a été simplement autorisé à faire le commerce, est-il par là-même capable de contracter une société commerciale? Des auteurs et des arrêts (Douai, 1827 ; Caen, 11 août 1828) lui reconnaissent ce droit parce que l'autorisation de faire le commerce est un mandat général dans sa spécialité. En effet, dit-on, rien n'empêcherait le mineur de contracter une société en participation avec un tiers pour une affaire, par exemple, d'acheter et de revendre une partie de marchandises de compte à demi avec un autre, ce qui est souvent un des expédients les meilleurs et les plus nécessaires du commerce. Or, s'il peut contracter cette société en participation avec un tiers et pour une seule affaire, pourquoi ne le pourrait-il pas avec plusieurs personnes et pour plusieurs affaires ?

Cependant la solution contraire qui exige ici une autorisation spéciale est plus conforme à l'esprit de la loi, à l'intérêt de l'émancipé lui-même et à l'intention de ceux qui l'ont autorisé à se livrer au commerce. En effet, la loi attache une grande importance à l'autorisation que doit obtenir le mineur et prend des précautions pour qu'elle ne soit pas donnée à la légère ; l'article 3 du Code de commerce l'exige même quand l'émancipé ne veut faire que quelques actes de commerce isolés, et l'article 487 le répute majeur, non pour tous les actes commerciaux en général, mais seulement pour la branche de commerce qu'il a choisie. Or, ne serait-ce pas aller contre les vues du législateur et faire de l'autorisation

une formalité illusoire que d'accorder à l'émancipé présumé capable de faire un commerce spécial et limité la faculté de prendre des associés et de se lancer avec eux dans des spéculations peut-être considérables et hasardeuses? Cela sort évidemment des prévisions des parents ou du conseil de famille qui n'ont pas pu connaître les associés ; de plus, l'émancipé n'a pas encore assez d'expérience pour qu'on lui permette de se choisir seul des associés peut-être téméraires et insolvables qui pourraient dans certains cas engager et compromettre sa fortune.

F. Il faudrait de même décider, croyons-nous, que l'émancipé commerçant ne pourrait cautionner sans autorisation spéciale la dette commerciale d'un autre commerçant, lorsque cette dette ne lui est pas en même temps personnelle. En effet, un pareil cautionnement n'étant pas relatif à son négoce excéderait sa capacité, quand même il aurait un certain intérêt à la prospérité des affaires de celui qu'il cautionnerait. En outre, le créancier avec lequel l'émancipé s'engagerait comme caution n'aurait aucun moyen de savoir que son débiteur est associé d'intérêt avec le mineur ; il devrait donc s'en rapporter à la simple déclaration de celui-ci, ce qui serait très dangereux.

G. L'émancipé commerçant étant réputé majeur pour ses faits de commerce, il pourra vendre librement ses meubles. Quant à ses immeubles, sa capacité ne change pas et il est obligé pour les aliéner de se conformer aux règles du Code. (Art. 6, Code de commerce.) La loi du 27 février 1880 ne contient pas d'exception pour le mineur commerçant. L'attention des rédacteurs semble ne pas s'être portée sur cette hypothèse. Nous pensons que ce serait dépasser la portée de l'article 4 de cette loi que de l'appliquer ici. Les conséquences pratiques en seraient très fâcheuses puisqu'elles fermeraient presque absolument certaines branches du commerce, la profession de banquier, par exemple. Les rédacteurs ont entendu s'en référer aux principes généraux de notre légis-

lation. « Il nous a semblé préférable, disait le rapporteur (*Journ. off.*, 7 mai 1878), de faire pour les émancipés une disposition spéciale. Ce changement de forme est sans importance réelle. » D'ailleurs, dans l'hypothèse, le mineur aura déjà été autorisé par avance à aliéner ses meubles incorporels, puisqu'on exige pour les autres les mêmes autorisations que pour faire le commerce.

SECTION III

EFFET DES ACTES DU MINEUR ÉMANCIPÉ

Après avoir étudié avec quelque détail la capacité de l'émancipé, recherchons maintenant quel est l'effet des actes accomplis par lui, suivant qu'il a ou non rempli les formalités exigées par la loi. Cette question qui se rattache à la théorie générale des actes passés par les incapables seuls ou par leurs représentants est une des plus importantes et des plus difficiles du Code ; elle est traitée, à propos de l'action en nullité ou en rescision, dans les articles 1304 à 1315, sur l'interprétation desquels les auteurs sont fort divisés.

Nous ne ferons pas ici la théorie des contrats nuls et annulables, ni celle des actions en nullité ou en rescision, ce qui nous entraînerait trop loin. Mais après avoir exposé les systèmes entre lesquels se sont partagés les auteurs, nous démontrerons celui qui nous paraît le meilleur et nous appliquerons ses conséquences aux actes de l'émancipé.

§ I.

Il faut distinguer : 1° les actes annulables pour cause d'incapacité et vice de forme indépendamment de toute lésion ; 2° ceux qui sont annulables seulement pour cause de lésion. Ceci est admis généralement, et résulte tant du droit romain qui annulait pour cause simplement d'incapacité les actes

passés par les pupilles *sine tutore auctore*, et restituait *in integrum* les mineurs capables, d'après le droit civil, pour cause de lésion[1] et même en dehors de toute lésion, que de notre ancien droit qui restituait pour cause de lésion (sauf pour les actes de pure administration. Voyez Pothier) les mineurs même contre les actes passés par le tuteur et peut-être même annulait les actes passés par le mineur seul.

I. Un premier système enseigne : A. Que les actes passés par le mineur sont annulables indépendamment de toute lésion pour cause d'incapacité ou pour vice de forme ; B. Que ceux passés par le tuteur sont annulables pour vice de forme ou, s'ils sont valables en la forme, annulables ou rescindables pour lésion.

A. 1° Pas de convention valable sans capacité (art. 1108), or, les mineurs ne peuvent contracter (art. 1124), donc leurs contrats sont annulables pour incapacité. Il est vrai que l'article 1125 dit qu'ils ne peuvent attaquer leurs engagements pour incapacité « que dans les cas prévus par la loi » et que ces cas, dira-t-on, sont ceux de l'article 1305, c'est-à-dire des cas de lésion. Mais l'article 1125 ne contredit pas l'article 1124 et veut seulement parler des conditions auxquelles est soumis l'exercice de l'action en nullité.

2° Les articles 1124 et 1125 placent le mineur sur la même ligne que l'interdit pour lequel il n'y a pas de doute (art. 489, 502, 509, 2012), assimilation juste, car si l'un a une certaine capacité naturelle, l'autre a des intervalles lucides, et il y a pendant toute la minorité une présomption légale d'inexpérience et d'incapacité.

3° Dans notre système tutélaire (art. 450) c'est toujours le tuteur seul qui est en scène ; la grande et unique forme c'est la représentation du mineur par le tuteur. Or, il résulte de l'article 1311 que les actes nuls en la forme sont annulables

[1] Aujourd'hui, la maxime : *restituitur minor non tanquam minor sed tanquam læsus*, n'a plus son véritable sens puisque chez nous les mineurs sont incapables.

pour vice de formes, indépendamment de toute lésion. Donc tous les actes faits par le mineur seul qui est atteint d'une incapacité personnelle, sont toujours nuls pour vice de forme, indépendamment de toute lésion, par ce fait seul qu'il s'est ingéré dans l'administration de ses biens, et les autres formalités ne sont que l'accessoire et ne concernent que le tuteur. Si donc on reconnaît que la violation de ces formalités par le mineur entraîne la nullité, c'est reconnaître que cette nullité résulte de la violation du grand principe de la tutelle, de l'ingérence du mineur ; car, on ne peut permettre sans danger au tuteur et au mineur de faire chacun de son côté et en même temps les mêmes actes sur les mêmes biens.

4° Si l'on n'admet que la rescision pour cause de lésion, les articles 484 et 485 deviennent inexplicables, il n'y a plus entre le mineur ordinaire et l'émancipé la différence qu'édicte l'article 484 qui, en les assimilant pour certains actes, les sépare virtuellement pour les autres (2e alinéa). Le retrait de l'émancipation ne produira plus ses effets, et l'émancipé est plus protégé que le mineur ordinaire, car il jouit, lui, dans certains cas, de la réduction pour cause d'excès. Or, il est évident que si la loi n'a pas accordé cette réduction au mineur ordinaire, c'est parce qu'il n'en a pas besoin, ses engagements étant déjà nuls pour incapacité.

B. Il résulte de cette nullité que c'est aux actes des tuteurs que s'applique l'action en rescision pour lésion quand ils ont été faits avec les formalités exigées. Ceci résulte encore du caractère traditionnel de cette rescision qui autrefois n'était admise que contre des engagements valables. Fidèle à ses principes, le Code a conservé vraisemblablement cette doctrine.

L'article 1305 le prouve. On a prétendu, à l'aide des articles qui l'environnent, établir qu'il ne s'appliquait qu'aux actes passés par le mineur seul. Mais on peut répondre que son texte même, *in fine*, s'applique bien aux conventions

pour lesquelles l'émancipé n'est pas réputé majeur, et que par conséquent il n'a entendu parler que des actes valablement faits; que la section où se trouve notre article, s'occupant d'hypothèses diverses, on ne peut rétrécir le plan du code en le ramenant au cas spécial du mineur agissant seul; qu'en admettant encore que les mots de l'article 1304 : « Actes faits par les mineurs » doivent être aussi sous-entendus dans l'article 1305, on doit toujours croire que la loi a en vue le mineur agissant avec autorisation ou le tuteur agissant seul, parce que l'article 1305 ne s'occupe que de la lésion, et par conséquent d'un acte valable en la forme; parce que le mineur peut bien agir assisté de son tuteur, bien que régulièrement ce soit celui-ci qui le représente : c'était l'ancienne pratique, et le Code a bien pu y faire allusion; parce que, enfin, les mots : « faits par les mineurs » peuvent très bien signifier : « Actes faits par le tuteur seul », car ; *factum tutoris factum pupilli*, telle était la règle de l'ancien droit.

Cette opinion est encore prouvée par l'article 2252 qui suspend la prescription en faveur de tous les mineurs, et non parce qu'ils ne peuvent agir puisqu'il s'applique aussi aux mineurs pourvus de tuteur. C'est une restitution contre la négligence, contre le fait du tuteur. — Par l'article 481 du code de procédure qui, ouvrant la voie de la requête civile aux mineurs non défendus ou non valablement défendus, leur donne une action en rescision contre le fait de leur tuteur, agissant dans les limites de son mandat, et cela vis-à-vis de l'autorité de la chose jugée, — par les articles 457, 463, 466, 1309, 1314, 2052 qui, déterminant certains cas où il n'y aura pas restitution pour lésion, veulent bien dire que dans les autres cas, où il n'y a pas de garanties spéciales pour protéger à la fois les mineurs et les tiers, le mineur ne sera pas considéré comme majeur pour les actes valablement faits.

Cette doctrine s'inspire en outre de l'intérêt du mineur qui est exposé à tous les dangers qui peuvent naître de la légè-

reté ou de la précipitation que nous apportons trop souvent aux affaires d'autrui, et a par conséquent besoin de la restitution pour cause de lésion ; tandis que la lésion n'est pas en principe (art. 1117) une cause de restitution pour les majeurs capables de se défendre eux-mêmes [1].

Appliquant ce système à l'émancipé, nous dirons qu'il pourra faire seul tous les actes de pure administration sans être restituable, dit l'article 481, dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. L'article 1305 ne lui accorde la restitution pour lésion que contre les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. En dehors de là l'article 484 l'oblige à observer les formes prescrites au mineur ordinaire. Quand les formalités auront été observées, il y aura lieu à restitution au cas de lésion comme pour les mineurs ordinaires.

II. M. Demante a proposé un second système qui peut se résumer ainsi [2] :

D'après l'article 1311, il faut distinguer les actes nuls en la forme, c'est-à-dire annulables pour incapacité et absence des formes protectrices, et les actes sujets à restitution, d'où il résulte qu'à ceux-ci seuls s'applique la nécessité d'argumenter de la lésion [3].

Les actes passés en la forme légale sont valables, mais sujets à restitution pour lésion, à moins qu'une disposition

[1] Troplong, *de la Vente*. Toullier, Magnin.

[2] Marcadé critique la division que M. Demante a donnée en six catégories des actes du mineur émancipé : 1° actes de pure administration (capacité d'un majeur) ; 2° actes qui exigent l'assistance du curateur ; 3° actes qui exigent certaines formes ; 4° actes interdits ; 5° actes qui ne sont pas de pure administration, mais que l'émancipé peut faire seul, sauf rescision pour simple lésion ; 6° actes d'administration qu'il fait seul, mais qui peuvent être réduits. Cette cinquième classe est arbitraire. Il n'y a pas d'article qui permette de faire seul des actes qui ne sont pas de pure administration. Puis, comment ces actes seront-ils rescindables pour lésion? car pour la lésion il faut que les bornes de la capacité aient été excédées, ce qui n'a pas lieu si l'émancipé peut les faire seul.

[3] Demante et Colmet de Santerre, t. V, nos 268 et suivants.

spéciale de la loi n'ait fermé cette voie. Cette proposition s'appuie sur l'ancien droit qui avait adopté les principes romains et sur l'article 1305 qui parle de « toutes sortes de conventions. » M. Demante reproduit aussi une partie des arguments du premier système. Pour les actes faits par l'émancipé avec l'assistance de son curateur, alors que les articles 483 et 484 ne l'y obligent pas, les soumettre à la rescision pour lésion c'est aller contre le texte même de l'article 1305 qui ne parle que des actes excédant les limites de sa capacité.

Pour le mineur émancipé, M. Demante entend par nuls en la forme les actes qu'il a faits sans l'assistance de son curateur et qui excèdent les limites de sa capacité tracées par l'article 481.

III. Un troisième système [1] refuse au mineur toute restitution pour lésion quand les formalités prescrites ont été observées ou quand il n'y en a pas d'exigées, comme lorsque le tuteur ou l'émancipé a fait des actes de pure administration : mais il assimile les actes valables en la forme aux actes nuls lorsque le mineur les a faits seuls et il les déclare toujours, mais seulement rescindables pour cause de lésion, en se fondant : 1° sur ce que l'inaccomplissement des formalités ne regarde que le tuteur et non pas les actes personnels du mineur; 2° sur ce que les actes personnels du mineur ne sont rescindables que pour lésion, parce que : *a* la présomption d'incapacité doit tomber lorsqu'il l'a démentie par un acte sensé et utile ; *b* le mineur qui l'a démentie est tenu par un lien d'équité naturelle; *c* les lois sur les mineurs qui ne sont que protectrices ne sont pas applicables ici ; le contraire serait inique (art. 1306); 3° sur l'article 1305, qui rescinde pour lésion les actes du mineur émancipé qui excèdent sa capacité : or celui-ci (art. 484) ne peut vendre ses immeubles sans les mêmes formalités que le mineur ordinaire ; donc cet

[1] Merlin, *Questions de droit,* 1° *Hypothèque*, § 4, nos 2, 3.

acte n'est rescindable que pour lésion ; et il en est de même pour le mineur ordinaire, car le mot : conventions de l'article 1305 s'applique aussi bien à l'un qu'à l'autre. Le plus qu'on pourrait admettre, c'est que le mineur qui aurait fait un des actes les plus importants que la loi a soumis à des formalités spéciales, serait présumé par cela seul avoir éprouvé une lésion, et que ce serait à l'autre partie à établir pour repousser l'action en rescision que le mineur, en effet, n'a pas été lésé. On peut reprocher à ce système de faire la capacité du pupille plus grande que celle du tuteur et de donner à l'émancipé qui agit seul plus de droits que s'il était assisté de son curateur.

IV. Voici enfin, toujours résumée d'après M. Demolombe, la thèse la plus conforme aux textes aussi bien qu'à la raison et aux véritables intérêts des mineurs et de la société.

L'article 1311 distingue : A les actes valables en la forme qui, émanant du mineur, ne sont rescindables que pour lésion ; émanant du tuteur ne sont pas rescindables ; B les actes nuls en la forme qui, émanant du tuteur, sont nuls pour vice de forme ; émanant du mineur, sont nuls pour vice de forme et pour incapacité.

A. Est valable en la forme l'acte passé sans formalité quand il n'est soumis à aucune, ou passé avec les formalités exigées.

L'article 1311, placé au milieu d'articles relatifs à la capacité, ne se réfère pas à des nullités qui n'en dérivent pas, comme celles de l'acte destiné à faire preuve de la convention.

Notre acte valable en la forme n'est rescindable que pour lésion. On se fonde sur les articles 1108 et 1124 pour le rendre annulable pour incapacité. Mais ces articles ne doivent pas être isolés des autres sur le même sujet. De plus, l'article 1125 et l'article 1305, disant que l'incapacité ne pourra être invoquée que dans les cas déterminés, et ne prévoyant que le cas de lésion, sont péremptoires.

On a dit que cet article 1305 ne s'appliquait pas aux actes du mineur. Pourtant les articles qui l'environnent se réfèrent bien à cette hypothèse (art. 1304); le texte est là et il faut le prendre dans son sens naturel sans lui faire dire autre chose, et surtout sans lui faire parler d'un mineur agissant avec une autorisation de tuteur qui n'est même pas connue. Les articles 1306, 1308, 1309, 1310 ne se réfèrent bien qu'au mineur seul; de même pour l'article 1307 qui, autrement, serait inapplicable. Il est vrai que l'article 1314 se réfère à un acte du tuteur : mais à partir de l'article 1313, qui parle du majeur, la matière que traitent nos articles est finie; de plus il n'est qu'un amendement et n'existait pas dans le projet; enfin il serait encore applicable quant aux aliénations d'immeubles et aux partages faits par les émancipés.

L'article 1305 ne s'applique donc qu'aux actes des mineurs seuls : il parle à la fois du mineur en tutelle et de l'émancipé; or l'émancipé agit seul; donc il suppose un mineur en tutelle qui a également agi lui-même; ils ont tous les deux agi en dehors de leur capacité : l'un par lui-même, l'autre seul quand il aurait dû être assisté; et voilà comment sa disposition finale déclare l'émancipé restituable contre toutes conventions excédant les bornes de sa capacité, c'est-à-dire passées par lui seul quand il aurait dû être assisté.

Les travaux préparatoires sont formels : « Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé et non de ne pouvoir contracter. » (Bigot-Préameneu.) « Le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par le mineur..... Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé. » (Jaubert au Tribunat.)

On a voulu induire de l'article 509 une complète assimilation entre le mineur et l'interdit, afin d'appliquer au premier l'article 502. Mais il ne résulte de cet article qu'une assimilation pour l'organisation et la distribution des pouvoirs, et non une assimilation individuelle. L'article 1305, qui du reste est le véritable terrain de la lutte, le prouve, puisqu'il

omet les interdits; et ce silence n'aurait pas eu lieu s'il s'était référé aux actes du tuteur, puisque l'article 509 édicte que « les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à celle des interdits » ; il aurait parlé des interdits, comme l'article 1312.

On tire une objection des articles 484 et 485, qui dans notre système laisseraient un mineur en tutelle sans protection contre des engagements non exagérés, mais dépassant ses ressources, puisque d'après nous ces engagements devraient être maintenus, n'étant pas rescindables puisqu'il n'y a pas lésion, et l'article 485 n'admettant la réduction que pour l'émancipé. La réponse, fournie par l'objection, est qu'il y aura rescision pour lésion, car il y a, dans notre matière, lésion non seulement eu égard à la disproportion de valeur entre ce que le mineur donne et ce qu'il reçoit (article 1674), mais encore quand l'acte consenti lui est préjudiciable.

On a encore dit que l'art. 485 permettant à l'émancipé d'acheter sous condition seule de rescision, suppose nécessairement que le mineur en tutelle n'a pas le même droit, car autrement le retrait de l'émancipation serait dérisoire. Mais il ne faut pas confondre l'action en rescision pour lésion, que l'article 1305 accorde au mineur contre toutes conventions, et à l'émancipé seulement contre les conventions qui excèdent sa capacité, avec l'action en réduction de l'article 485 qui est moins énergique, qui n'annule pas, dont le succès est subordonné, entre autres, à la bonne foi des tiers. Et il y aura efficacité à remettre l'émancipé en tutelle, car l'action en rescision lui sera rendue.

Lors donc que le mineur, seul, a fait un acte non soumis à des formalités spéciales, il n'est restitué que pour lésion.

Quant aux actes valables du tuteur, ils ne sont pas rescindables. Les textes le prouvent.

L'article 450, déclarant que le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils, l'institue mandataire : or.

l'article 1998, consacrant une règle ancienne de raison, édicte que le mandant doit exécuter les engagements contractés par le mandataire. Il faut donc dire : *Factum tutoris, factum pupilli.* Le mineur est réputé avoir traité lui-même en pleine capacité.

Si ses intérêts en souffrent, il aura son action en dommages-intérêts contre le tuteur (art. 450, 1992), mais les tiers qui n'ont pas commis de fraude avec le tuteur sont sauvegardés. (Voyez l'application de ces principes dans les articles 463, 1095, 1309, 1398, 1314.)

On a dit que ces articles étaient des exceptions, et on en a conclu *a contrario* que l'acte valable du tuteur est rescindable pour lésion sauf les cas prévus par la loi. C'est méconnaître, pour faire un argument sûr, les règles de l'interprétation juridique ; nous en ferons, nous, un argument *à pari* ou même *à fortiori.* Avant le code, il n'y avait plus de rescision pour lésion contre les actes d'administration du tuteur seul sans formalités, mais elle existait contre ses autres actes, même avec formalités. Le Code a écarté cette rescision même pour les actes les plus importants; et de ce qu'il n'a rien dit des autres, on ne doit pas conclure qu'il l'a rétablie pour eux, mais bien qu'il en a reconnu la validité dans les principes généraux comme dans l'article 450, et que s'il s'est expliqué sur les autres actes, c'est qu'il avait l'ancienne jurisprudence à abroger. Ce que le législateur a voulu, c'est que « l'intérêt des tiers fût garanti lorsqu'ils ont suivi les formes de la loi » (Exposé des motifs). Or, ils les ont suivies en agissant avec un tuteur qui pouvait agir seul. Donc, les actes faits dans ce cas peuvent être rescindés.

La doctrine contraire imputerait à la loi une grave inconséquence : affranchir de la rescision les actes les plus graves, les mieux protégés, et y soumettre les autres.

Il est vrai que l'article 481 du code de procédure ouvre la voie de la requête civile aux mineurs non défendus ou mal défendus. Mais il fait de même pour l'État, par exemple, et

on n'en conclut pas que celui-ci peut faire rescinder pour lésion les actes de ses administrateurs. Le motif de cette décision n'est peut-être pas que lorsque le mineur n'est pas défendu ou ne l'est pas valablement, il n'est pas réellement représenté, car cela s'appliquerait à tous les actes où le mineur a été mal défendu par son tuteur ; mais est ce motif spécial qu'il eût été souvent injuste de faire supporter, d'après l'article 450, au tuteur la peine d'une lésion résultant d'une décision judiciaire dont on ne peut savoir au juste à qui imputer la responsabilité et qu'il ne peut empêcher.

L'objection tirée de l'article 2252 ne porte pas non plus : il ne s'agit pas d'un acte régulier, mais d'une négligence. Cet article est du reste fort critiqué, et il y a bien dans le Code des prescriptions contre les mineurs (art. 1663, 1676, 2278 code civil, 444 code de procédure).

De plus, ceux qui n'exemptent de la rescision que les actes prévus par la loi en affranchissent la transaction, et pourtant on peut dire que l'article 2052 n'a parlé que des majeurs, la renonciation régulière à une succession, bien qu'ils n'aient pas de texte, et même, quelques-uns du moins, l'acceptation.

Notre doctrine se recommande de l'intérêt des mineurs et de l'État. Si le tuteur n'est qu'un *negotiorum gestor*, pas de sûreté pour les tiers, ils s'éloignent : et le mineur est victime de cet excès de protection. Le droit romain et l'ancien droit avaient erré en ce sens. C'est un bien que le mineur ait l'action en rescision : cela forcera les tiers à s'adresser au tuteur : mais quand ils l'ont fait, ils doivent être en sécurité, car le tuteur représente le mineur. Il est vrai qu'il peut y avoir des inconvénients si, en fait, il y a lésion (lésion considérable, car *de minimis non curat prætor*) pour ceux du moins qui admettent que le tuteur peut faire seul des actes importants. Mais c'est au législateur à mieux les réglementer.

B. L'acte nul en la forme est annulable pour défaut de pouvoir s'il émane du tuteur, car il est mandataire, et les

articles 1997 et 1998 ne sont pas applicables. On peut même se demander si le mineur serait circonscrit dans le délai de dix ans pour intenter son action (art. 1304) ou si l'art. 2262 ne lui serait pas applicable.

Quand l'acte émane du mineur, il est nul pour incapacité. C'est la doctrine du droit romain et de l'ancien droit : le Code l'a vraisemblablement suivie; car aujourd'hui la personne du mineur est plus effacée qu'autrefois. Les articles qui exigent certaines formalités pour les actes importants (462 à 464, 457, 467) sont absolus et s'appliquent aux actes, et dans ces circonstances importantes, la prévoyance de la loi ne peut pas avoir été moins grande à l'égard des actes du mineur que pour ceux du tuteur.

L'argument qu'on tire dans le système opposé du rapprochement des articles 1305 et 484 est impuissant contre ces considérations; nous pouvons d'ailleurs admettre que l'émancipé ne sera constitué que pour cause de lésion contre les actes qui excèdent sa capacité, quand ces actes n'étaient pas soumis à des formalités spéciales de la part du tuteur.

§ II.

Appliquons maintenant ce dernier système aux actes de l'émancipé. Pour cela nous les partagerons en quatre catégories :

I. La première comprend les actes à l'égard desquels l'émancipé est considéré comme pleinement capable et qui ne peuvent par conséquent être attaqués que dans les cas où ils pourraient l'être s'ils émanaient d'un majeur. Nous mentionnerons tout d'abord les actes de pure administration faits par l'émancipé à l'exception de ceux par suite desquels il aurait contracté des obligations personnelles et qui sont, comme nous allons le voir, réductibles pour cause d'excès (art. 484, 2°). En effet, ils remplissent toutes les conditions légales sous le rapport de la forme, et de la capacité des

parties contractantes et l'article 481 déclare formellement que « l'émancipé n'est pas restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. »

On doit de même déclarer parfaitement valables tous les actes consentis par l'émancipé avec les conditions et formalités légales (art. 1305) car il a fait tout ce qu'il pouvait et devait faire, et il importe que les tiers puissent traiter avec lui en toute sécurité.

Enfin il faut en dire autant des actes passés par l'émancipé commerçant ou artisan dans les limites de sa capacité commerciale (art. 487 et 1308) ou professionnelle. Il ne s'agit, bien entendu, que du mineur commerçant qui exerce le commerce non pas de fait, mais qui a été autorisé à l'exercer et a rempli les conditions exigées par l'article 2 du code de commerce.

Ces actes étant aussi valables que s'ils avaient été accomplis par un majeur ne sont donc ni annulables pour incapacité ou vice de forme, ni rescindables pour lésion. En effet, sous le rapport de la forme et de la capacité personnelle, nous le répétons, ils remplissent les conditions légales. On a voulu soutenir que cependant ils pouvaient être rescindés pour lésion et on s'est appuyé pour cela sur les principes romains qui étaient, avons-nous dit, professés dans notre ancien droit et qu'on prétend retrouver dans l'article 1305. Mais cet article déclare que « la lésion donne lieu à la rescision en faveur de l'émancipé contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. » Or, il agit précisément ici avec toutes les formalités et conditions légales ; l'article 1305 est donc inapplicable. Nous avons réfuté plus haut les autres objections, notamment celles des articles 1314, et 2252 et de l'article 481 du code de procédure.

II. Dans la seconde catégorie nous placerons les actes annulables pour cause d'incapacité ou vice de forme indépendamment de toute lésion : ce sont tous ceux que la loi, dans l'intérêt des mineurs, a soumis à l'accomplissement de

certaines formalités. On applique ici les articles 1124, 1125, 1311 et 484 qui établissent les mêmes règles pour les émancipés que pour les mineurs ordinaires. Pour faire annuler ces actes, le mineur n'a qu'à prouver qu'il les a accomplis en dehors des formalités légales même quand il n'aurait pas été lésé. Cependant nous avons déjà cité un arrêt de cassation (17 août 1841) d'après lequel l'obligation contractée par un émancipé devait être maintenue bien qu'elle n'ait pas pour objet l'administration de ses biens, lorsqu'elle n'est pas excessive et que son utilité est constatée ; mais nous pensons avec M. Demolombe que cette décision est loin d'être juridique, et nous préférons la doctrine contraire consacrée par un arrêt plus récent du 13 juin 1851. La nullité n'est cependant que relative, en ce sens qu'elle ne peut être proposée ni par l'autre partie, ni par les co-obligés du mineur. (Art. 1125, al. 2, 1208 et 2012.) En effet, les nullités de forme ne sont plus des nullités absolues lorsque les formes violées n'ont pas été établies pour la régularité de l'acte juridique considéré en lui-même, mais pour garantir d'une manière plus efficace les intérêts de personnes incapables de s'obliger.

III. Une troisième catégorie comprend les actes qui sont annulables ou rescindables seulement pour cause de lésion. Ce sont ceux qui, tout en excédant les bornes de la capacité de l'émancipé (art. 1305) n'ont cependant pas été soumis par la loi à l'accomplissement de formalités spéciales. Il s'agit ici des actes que l'émancipé n'aurait dû faire qu'avec l'assistance de son curateur et pour lesquels cette assistance était suffisante ; s'il les a faits seul, il a excédé les bornes de sa capacité et pourra en demander la nullité en prouvant toutefois qu'ils lui ont causé un préjudice. Nous avons repoussé plus haut la doctrine des auteurs qui veulent fondre en une seule la deuxième catégorie et la troisième, et déclarent rescindables seulement pour lésion tous les actes accomplis sans les formalités légales

Les mineurs demandeurs en rescision sont en général, en dépit des articles 1241 et 1312 qui sont étrangers à notre hypothèse, obligés de prouver la lésion sur laquelle leur action repose et de justifier que cette lésion résulte de l'acte même contre lequel l'action est dirigée, ou que du moins elle se rattache à cet acte comme une conséquence qui pouvait être prévue d'après le cours ordinaire des choses. Ils ne pourraient se plaindre de la lésion produite par un événement casuel ou imprévu (art. 1306).

L'importance plus ou moins grande de la lésion est en général sans influence sur le sort de l'action en rescision dont nous parlons : une simple lésion suffit (art. 1305, 887, 1674). Le juge pourrait cependant écarter l'action qui ne serait fondée que sur une lésion de trop mince importance. La question de savoir si le mineur a été ou non lésé est une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux dont la décision sur ce point échappe à la censure de la Cour suprême.

L'action n'est accordée qu'aux mineurs lésés, en ce sens qu'elle n'appartient ni aux personnes qui ont traité avec eux (art. 1125, al. 2, 1305, 1313) ni à leurs coobligés. Toutefois, d'après quelques auteurs, ce dernier point recevrait exception en matière indivisible, et notamment au cas où le mineur copropriétaire d'un immeuble aurait, de concert avec ses consorts majeurs, constitué une servitude sur cet immeuble. Mais MM. Aubry et Rau répondent que c'est faire une fausse application de la règle : *In individuis minor majorem relevat*, qui, d'après son énoncé même, n'est applicable qu'à des prescriptions ou des déchéances relatives à des droits indivis.

L'action n'est pas exclusivement attachée à la personne des mineurs, elle passe à leurs héritiers et peut être exercée en leur nom par leurs créanciers.

Les mineurs jouissent de l'action en rescision contre toute personne envers laquelle ils se sont obligés, et notamment

contre un autre mineur. Les dispositions de la loi étant générales, il n'y a pas à distinguer.

Les effets de notre action en rescision et de l'action en nullité dont nous avons parlé plus haut sont : Annulation des droits concédés par la personne qui est devenue propriétaire par suite du contrat annulé ou rescindé, annulation qui réfléchit contre les tiers, sauf la prescription acquisitive qui peut s'être opérée à leur profit. Restitution de ce qui a été reçu ou perçu par suite ou en vertu du contrat d'où procédait l'engagement ; mais l'émancipé n'est obligé de restituer ce qui lui a été payé au temps de son incapacité que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait enrichi (la preuve en incombera à la partie adverse) au moment où il a intenté son action[1], sans cependant qu'on puisse laisser à la charge de l'autre partie les pertes résultant d'événements casuels et imprévus (art. 1312).

Voici quelques cas exceptionnels où la loi refuse aux mineurs l'action en rescision :

1° L'émancipé n'est pas restituable contre une obligation contractée en employant des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité (art. 1307 *à contrario*, art. 1310). Mais une simple déclaration de majorité n'est pas une manœuvre suffisante.

2° Article 1308, l'émancipé commerçant ou artisan n'est pas restituable contre les obligations contractées à raison de son commerce ou de sa profession. (Art. 487 ; code de commerce, art. 2 à 6.)

3° Quant au contrat de mariage, les aliénations qui y sont contenues ou les conventions qui peuvent les faciliter à l'avenir et qui en fait ne sont pas de celles dont le contrat de mariage est susceptible, tombent sous l'application du droit commun, et sont rescindables si elles n'ont pas été con-

[1] Si l'action n'était formée qu'après la majorité ce serait évidemment au moment où elle a commencé qu'il faudrait se rapporter pour savoir si, et de combien, l'émancipé s'est trouvé enrichi.

senties conformément aux dispositions de la loi. Mais l'émancipé ne peut attaquer les conventions « du mariage » quand il a été valablement assisté (art. 1309, 1095, 1398)[1]. Cette disposition déroge à l'ancien droit qui permettait au mineur de faire réduire *ad legitimum modum* les donations ou ameublissements exagérés contenus dans son contrat de mariage. (Meslé, I, 212.) Quand le mineur a passé outre sans être assisté il est restituable (art. 1309 *à contrario*). Mais comme le contrat de mariage est un ensemble où les engagements de l'un sont corrélatifs de ceux de l'autre, le contrat devra être rescindé pour le tout et les époux placés sous le régime du droit commun. Le conjoint du mineur ne peut faire prononcer cette rescision (art. 1125, 2°). Les clauses spéciales du contrat non valablement contracté ne pourraient être opposées aux tiers, car s'il est vrai qu'un acte rescindable doit être considéré comme valable dès que la rescision n'en est pas prononcée, il serait contraire à l'article 1395 qui déclare l'immutabilité des conventions matrimoniales que les droits des tiers pussent être tenus en suspens par une nullité que le mineur serait libre de faire prononcer ou non[2].

4° L'émancipé n'est pas restituable contre les obligations qui se forment malgré l'incapacité personnelle de l'obligé, comme les obligations légales (art. 1370) ; celles qui procèdent du fait d'autrui (art. 1375) ; celles qui résultent des avantages retirés de l'affaire à raison de laquelle il s'est obligé (1241, 1312) ; enfin les obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi délit (art. 1310). Cependant l'émancipé peut être restitué contre la reconnaissance qu'il aurait faite d'un délit ou d'un quasi délit et contre la transaction qu'il aurait consentie à ce sujet. La Cour suprême a jugé que l'indication d'une fausse cause dans un billet à ordre souscrit

[1] Sauf les décisions spéciales à l'article 2140.

[2] Ce système n'est pas adopté par la Cour suprême qui déclare le contrat absolument nul et autorise toute personne à en faire prononcer la nullité.

par un mineur ne saurait être considérée comme un quasi délit à lui imputable et ne l'empêcherait pas de demander même contre un tiers porteur de bonne foi la rescision de son engagement.

5° Celui qui est moralement capable de volonté est par cela même apte à reconnaître un enfant naturel, quelle que soit d'ailleurs l'incapacité légale dont il se trouve frappé, sous d'autres rapports, par le droit positif. (Aubry et Rau.) On doit donc admettre la validité de la reconnaissance faite par un émancipé sans l'assistance de son curateur (Zachariæ, Demolombe, en dépit des art. 1124 et 1305) ; car c'est un droit et un devoir de reconnaître un enfant naturel et pour l'accomplir l'intervention du curateur ne se conçoit point.

IV. Dans la dernière catégorie nous rangerons les actes qui, n'étant ni annulables pour incapacité ou vice de forme, ni rescindables pour lésion, sont néanmoins, quoique valables en eux-mêmes, réductibles pour cause d'excès. Cette disposition, spéciale à l'émancipé, est indiquée dans l'art. 484, 2°, qui modifie à cet égard le principe de l'article 481. La réduction porte sur les actes par suite desquels le mineur aurait contracté des obligations personnelles, car il y a là pour l'émancipé un danger très sérieux qui devait appeler l'attention du législateur. Le but de cette *réductibilité* est d'empêcher l'émancipé de faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement ; car, pouvant seul acheter des meubles et contracter des obligations, il eût été amené ainsi à emprunter par voie détournée, ce qui ne lui est permis sous aucun prétexte (art. 483) [1]. Le Code a donc voulu ici protéger l'émancipé même dans les limites de sa capacité restreinte ; c'est pourquoi il a décidé que des obligations excessives par lui contractées, même pour des causes n'excédant pas sa capacité, pourraient être réduites ; par exemple

[1] Il est bien évident que si, au fond, ces opérations étaient véritablement frauduleuses et ne contenaient qu'un emprunt déguisé, elles devraient être annulées en vertu des articles 483 et 484.

l'achat de vins, de denrées, de bijoux, d'ameublements, de chevaux et d'équipages, d'objets de luxe; la location d'appartements, de jardins, de chasses, de domestiques; la construction d'ouvrages de fantaisie, quand ils ne sont pas proportionnés à la fortune de l'émancipé et sont inutiles à sa position doivent être réduits par les tribunaux s'il y a faute ou grave imprudence de la part des fournisseurs ou autres parties contractantes. La cause de cette action se trouve dans une sorte de vice du consentement, de dol ou de surprise de la part des tiers qui ont abusé ou profité sciemment de l'inexpérience et de la prodigalité de l'émancipé (art. 1109 et 1116). M. Marcadé dit à ce sujet : « Notre article a tort, évidemment, de présenter l'inutilité de la dépense, sa disproportion avec la fortune et la mauvaise foi du contractant comme trois éléments qui restent à considérer après que l'engagement aurait été reconnu excessif. Il est clair qu'il n'en reste alors qu'un seul, la mauvaise foi, car l'inutilité de la dépense et sa disproportion avec la fortune sont précisément ce qui en constitue l'excès. Du reste cette mauvaise foi, cette faute imputable existera la plupart du temps; car il s'agira presque toujours d'actes qui, vu leur prix élevé et leur peu d'utilité, ne devaient pas être consentis par un homme prudent vis-à-vis d'un jeune homme inexpérimenté. »

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire. L'action en réduction ne compète qu'à l'émancipé assisté de son curateur. Elle ne peut être exercée, ni par ce dernier sans le concours du mineur, ni par les personnes auxquelles appartiendrait, en cas de réduction, le droit de révoquer l'émancipation [1].

M. Demolombe a soutenu que le père, la mère et le conseil de famille pourraient intenter cette action parce

[1] Nous avons vu que l'émancipé ne pourrait ni transiger ni compromettre sur ces engagements qui ne sont pas de pure administration et pour lesquels, vu leur réductibilité, l'émancipé ne jouit pas d'une capacité pleine et entière.

que, autrement, le droit de révoquer l'émancipation deviendrait le plus souvent illusoire entre leurs mains. MM. Aubry et Rau répondent qu'il faut bien considérer que le droit de révocation n'est pas accordé d'une manière absolue, et que la réduction n'est qu'un préliminaire à l'exercice de ce droit. Les actions compétant à l'émancipé ne peuvent être exercées que par lui-même. De plus, « l'article 485 prouve que le législateur n'a point entendu conférer au père, à la mère, ou au conseil de famille le droit de révoquer l'émancipation par cela seul qu'il existerait des motifs suffisants de le faire dans l'intérêt du mineur et qu'il n'a voulu admettre la possibilité de la révocation que pour les cas où les engagements du mineur auraient été réduits. On peut, à la vérité, critiquer ce système, mais ce n'est point à l'interprète qu'il appartient de le modifier. »

QUATRIÈME PARTIE

RÉVOCATION DE L'ÉMANCIPATION.

En principe, l'émancipation ne doit cesser d'avoir effet qu'au moment où, en atteignant sa majorité, le mineur devient pleinement capable. Cependant il peut arriver que l'émancipé, au lieu de montrer la sagesse et l'habileté qu'on attendait de lui, ne se fasse remarquer que par son incurie et par sa prodigalité ; alors la faveur qu'il a obtenue pourrait lui devenir funeste et lui fournir le moyen de dissiper impunément son patrimoine. C'est pour éviter cet abus que le Code permet de priver de l'émancipation le mineur qui s'en est rendu indigne ; par cette sanction énergique, il assure l'efficacité de l'institution elle-même.

Nous examinerons successivement quels sont les conditions, les formes et les effets de cette révocation.

CHAPITRE PREMIER

Conditions de la révocation.

A. Le principe est contenu dans l'article 485 dont le laconisme et l'insuffisance ont suscité bien des controverses. « Tout mineur émancipé, dit-il, dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation. »

A prendre ce texte à la lettre, l'émancipation ne peut être révoquée que si les engagements ont été effectivement réduits par un jugement. Mais la demande de révocation doit pouvoir également se fonder sur toute décision judiciaire qui aurait constaté la mauvaise gestion de l'émancipé et reconnu ses obligations exagérées et réductibles, sans cependant en prononcer la réduction. Ce n'est pas en effet la réduction des engagements excessifs, c'est leur excès même qui doit motiver la révocation. Si le tribunal ne prononce pas cette réduction, c'est que peut-être il a égard à la bonne foi des tiers qui ont contracté avec l'émancipé et aux manœuvres que celui-ci a employées pour les tromper ; aussi serait-il étrange qu'une pareille situation profitât au mineur qui n'a pas été loyal et dont le cocontractant n'a pas commis de faute. Dès que les engagements ont été reconnus excessifs par une décision judiciaire, et par cela même réductibles, le vœu de la loi est rempli, la condition de la révocation est accomplie, et le mineur ne peut se prévaloir du maintien de ces engagements.

B. Signalons en passant un autre vice de rédaction de notre article ; ce n'est pas le mode d'après lequel l'émancipation a été conférée qu'il faut suivre pour la retirer, mais celui qu'il faudrait suivre s'il s'agissait de la donner aujourd'hui. Car un enfant émancipé par son père ou sa mère, lesquels sont morts postérieurement, ne peut plus perdre le bénéfice de l'émancipation que par une délibération du conseil de famille.

C. L'émancipé qui a contracté des engagements excessifs peut en demander lui-même la réduction, parce qu'il est capable d'agir en justice. Si l'on s'en tient à cet égard aux dispositions formelles du Code, il faut décider que lui seul à l'exclusion de tous les autres a le droit de réclamer cette réduction, et, comme le retrait de l'émancipation n'est qu'une conséquence du jugement qui proclame la réductibilité des dépenses, l'émancipé est alors le maître absolu de faire pro-

noncer ou non la révocation. Cette doctrine est enseignée par un grand nombre d'auteurs qui, nous l'avons vu plus haut, tout en regrettant dans la loi une pareille lacune, n'ont pas cru pouvoir la combler, tout ce qui régit l'état et la capacité des personnes étant de droit étroit.

M. Demolombe croit l'opinion contraire moins dangereuse, moins contraire à l'idée qu'a eue le législateur en instituant l'émancipation, et que l'émancipé n'est pas le seul qui puisse demander la réduction de ses engagements [1], car il est peu probable que l'émancipé aille provoquer lui-même un jugement qui divulguera sans profit pour lui ces folies et ces prodigalités, puis aura pour dernier résultat de le remettre en tutelle. En outre, il se peut, que par un sentiment d'honneur exagéré et cependant respectable, il ne veuille pas attaquer devant les tribunaux des engagements qu'il a volontairement consentis. Enfin, qui veut la fin veut les moyens, et la demande en réduction est le préliminaire indispensable de la révocation. Autrement l'application de l'article 485 serait des plus rares et son utilité presque illusoire. Il est vrai que les actions en nullité ou en rescision établies en faveur des incapables n'appartiennent qu'à eux seuls ; mais bien différente est l'action en réduction qui ne doit pas être confondue avec elles.

Nous avons, avec MM. Aubry et Rau, repoussé plus haut ce système qui nous paraît empreint d'une trop grande hardiesse de déduction.

La question n'est du reste pas controversée quant au curateur, bien que son assistance soit nécessaire à l'émancipé pour former sa demande en réduction ; car il n'a pas le droit de faire révoquer l'émancipation.

[1] Il a été jugé en ce sens (Paris, 1838) que pour obtenir la révocation de l'émancipation de son fils, il suffit que le père prouve sur la demande par lui fournie contre le fils mineur assisté de son curateur, que l'engagement est excessif sans qu'il soit tenu de mettre en cause les créanciers envers lesquels ces obligations ont été prises, surtout lorsque ces créanciers ont été remboursés par le père.

Les créanciers des père et mère ne seraient pas recevables à faire révoquer l'émancipation que ceux-ci auraient conférée à leur enfant. Ce n'est pas un acte fait en fraude des créanciers, et quand c'en serait un, la loi n'a pas prévu ce cas de révocation. Le système contraire a cependant été soutenu, mais ses conséquences nous paraissent devoir le faire rejeter. De plus, l'enfant a le droit naturel d'obtenir le bienfait de l'émancipation, dès qu'il en est jugé digne. (Voir plus haut, page 206.)

D. L'émancipation peut-elle être retirée au mineur marié ou veuf, ayant ou non des enfants? Faut-il, à cet égard, distinguer s'il a été émancipé par le fait seul de son mariage ou s'il ne s'est marié que postérieurement à son émancipation ? Dans tous les cas, sans exception, la négative nous paraît évidente. Pour soutenir l'affirmative on s'appuie sur la généralité des termes de l'article 485 qui dit que l'émancipation pourra être retirée à tout mineur émancipé, et aussi sur cette circonstance qu'on a retranché de l'article 86 du projet les mots « autrement que par mariage » qui restreignaient la révocation au cas où l'émancipé n'avait pas été marié.

Le système contraire, soutenu d'ailleurs par le plus grand nombre des auteurs, objecte avec raison, croyons-nous, que la loi reconnaît deux sortes d'émancipation : l'une expresse que les parents ou le conseil de famille peuvent conférer et par suite retirer ; l'autre tacite qui s'opère de plein droit par le seul fait du mariage, qu'ils ne peuvent empêcher ni par conséquent révoquer. (Art. 476.) Le législateur a pensé que l'état de mineur en tutelle était incompatible avec celui d'époux ; or, cette considération a la même force après le mariage qu'au moment même de sa célébration. L'époux mineur devient par le fait du mariage *paterfamilias*, qualité qu'on ne peut retirer à un homme marié. Quel que soit son âge elle lui est inhérente. Ce qui prouve que l'article 485 ne se réfère pas à notre émancipation tacite, c'est qu'il ordonne

d'observer pour révoquer l'émancipation les mêmes formes que celles qui ont été employées pour la conférer, chose évidemment impossible ici [1]. Quant à la suppression des mots : émancipé autrement que par mariage, qui se trouvaient dans le projet primitif, rien n'indique qu'elle ait eu dans la pensée de ses auteurs la portée qu'on lui attribue ; au contraire, elle a eu pour but d'empêcher qu'on ne crût que l'émancipation expresse pourrait être retirée à un mineur qui l'aurait obtenue avant son mariage.

Le mineur ne rentrerait pas non plus en tutelle si son mariage venait à être dissous avant sa majorité ou même avant l'âge auquel aurait pu avoir lieu l'émancipation expresse. L'article 476 dit en effet que le mineur est émancipé *par* le mariage, et non *pendant* le mariage. Cette émancipation ayant eu lieu de plein droit sans aucune condition, le mineur ne pourrait rentrer en tutelle ou sous la puissance paternelle qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi ; or il n'en existe aucune.

Ces raisons n'auraient que plus de force si l'émancipé veuf avait des enfants, de son mariage, car la loi lui accorde vis à vis de ses enfants des droits incompatibles avec la qualité de pupille. La présomption de capacité doit conserver toute sa force.

Si le mariage, au lieu d'être dissous, se trouvait annulé, l'émancipé rentrerait en tutelle, car les époux mineurs ont alors profité sans droit du bénéfice de l'émancipation. Le jugement qui annule le mariage détruit rétroactivement leur union. Mais tant qu'il n'est pas rendu, le mariage subsistant,

[1] Si la loi, dit M. Marcadé, n'avait pas regardé le mariage comme complètement incompatible avec la qualité de mineur en tutelle, elle aurait au moins permis aux parents de maintenir en tutelle l'enfant qu'ils marient, par une déclaration formelle ; elle ne les aurait pas mis dans l'alternative absolue ou de lui conférer tacitement l'émancipation, ou de manquer une union avantageuse pour lui. Elle aurait dit dans l'article 476 : le mineur sera émancipé par son mariage, s'il n'y a déclaration contraire de la part de ceux dont il dépend.

les époux doivent être considérés comme émancipés. C'est ainsi que la cour de Turin (14 juillet 1807) a décidé qu'une femme mineure qui demande la nullité de son mariage doit procéder, non avec l'assistance d'un tuteur, mais avec celle d'un curateur.

Toutefois au cas d'un mariage putatif l'époux mineur de bonne foi devra être considéré comme émancipé de plein droit, car le mariage produit pour lui tous ses effets légitimes.

Marcadé soutient que le mineur resté veuf sans enfants peut être privé de l'émancipation comme s'il n'avait pas été marié ; car il n'est plus chef de famille et on ne peut invoquer en sa faveur l'incompatibilité existant entre la qualité d'époux ou de père et l'état de mineur en tutelle. Nous repoussons cette distinction et nous opposons à ses adhérents le dilemme suivant : ou l'émancipation tacite est régie par l'article 485 dont le texte est absolu, et alors elle pourra dans tous les cas être retirée à l'émancipé ; ou, au contraire, cet article lui est inapplicable et alors la circonstance que l'émancipé n'a pas d'enfants ne peut créer une révocabilité qui n'est pas dans la loi. Cette révocation serait d'ailleurs beaucoup plus grave pour le mineur qui a été chef de famille, et l'utilité qu'il y aurait à retirer l'émancipation est bien plus évidente quand le mineur est époux ou père que quand il est veuf sans enfants. En effet, dans ce dernier cas, il ne compromet que son propre patrimoine, tandis que dans le premier cas il compromet en outre celui de sa femme et de ses enfants. La même solution s'applique aussi à la mineure émancipée.

E. Examinons maintenant une question très importante au point de vue pratique, celle de savoir si l'émancipation pourrait être retirée au mineur qui, sans contracter d'engagements réductibles, se livrerait à des habitudes de désordre et de débauche ; en d'autres termes, si la mauvaise conduite est par elle seule une cause de révocation.

Du silence de la loi à cet égard, les auteurs ont généralement conclu à la négative ; car, disent-ils, l'état et la capacité des personnes, réglés souverainement par la loi, ne peuvent être modifiés qu'en vertu d'un texte précis, or ce texte n'existe nulle part. Sans doute, il y a dans le Code une lacune qui entraîne des conséquences fâcheuses, mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de la combler ; où s'arrêterait-on ?

Ce sont ces conséquences qui ont effrayé certains auteurs et M. Demolombe, entre autres, a cru trouver dans l'esprit même de la loi des moyens suffisants pour amener le retrait de l'émancipation et arracher ainsi l'émancipé au déshonneur et à la ruine morale. Comment, dit-il, la loi autorise la révocation de l'émancipation dans l'intérêt de la fortune du mineur qui peut-être n'est pas sérieusement compromise, et elle ne l'autoriserait pas dans l'intérêt de sa personne, de son avenir, de son bonheur ! Le législateur n'a pu tomber dans une aussi scandaleuse contradiction. En effet, le législateur, en considérant les engagements excessifs contractés par l'émancipé comme la cause de la révocation, n'a pas seulement en vue la protection des biens ; mais il a aussi songé à la protection de la personne du mineur et à l'abus qu'il pourrait faire de sa liberté. Remarquant que le désordre des mœurs entraîne presque toujours celui de la fortune, il a pensé que l'émancipé répréhensible dans la conduite de sa personne le serait aussi dans l'administration de ses biens. La plupart des auteurs reconnaissent d'ailleurs que l'on pourrait retirer l'émancipation au mineur dont les engagements seraient réductibles, même quand ils n'auraient pas été réduits. Partant de cette idée, on est facilement conduit à admettre que la réductibilité est moins une conséquence que l'indice et le symptôme d'une cause qui doit produire le même effet dès qu'elle se réalise, fût-ce même avec des circonstances que le législateur n'a pas directement prévues. En second lieu, on sait que les tribunaux exercent, en ce qui

concerne la garde et la protection du mineur, une sorte de tutelle suprême et de magistrature domestique. Ils ont le droit de le soustraire à la garde de son père lui-même ; dès lors, n'est-il pas naturel et en même temps conforme à l'intérêt social de leur donner le droit de soustraire l'émancipé à ses propres égarements ? Où serait donc le danger d'une pareille doctrine ?

Quelque puissantes que soient les raisons données par M. Demolombe, nous ne croyons pas que son système soit celui de la loi. Rien ne prouve d'abord que le législateur dans la rédaction de l'article 485 ait eu en vue le cas de la mauvaise conduite du mineur. Il est d'autant plus permis d'en douter que notre ancien droit n'avait pas de règle fixe sur ce point, que rien dans les travaux préparatoires n'indique à cet égard l'intention des rédacteurs, enfin que le chapitre de l'émancipation s'occupe de la gestion des biens de l'émancipé et nullement du gouvernement de sa personne. En outre, la prodigalité n'est pas toujours la conséquence du désordre des mœurs [1]. Si nous étendons l'article 485 au cas de réductibilité, c'est que nous avons un texte qui nous révèle expressément la volonté du législateur et serait sans cela à peu près inexplicable et inutile ; nous ne faisons donc qu'interpréter une disposition formelle, et dont les termes vagues se prêtent facilement à cette extension. Pour faire rentrer, au contraire, dans l'article 485 le cas de mauvaise conduite du mineur, il faut imaginer un principe nouveau et le baser sur de simples présomptions qui ne trouvent aucun appui dans la loi écrite, ce qui n'est jamais permis à l'interprète. Tout le monde reconnaît aux tribunaux le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle ; mais il doit être restreint dans les plus étroites limites, puisqu'il n'est pas écrit dans le Code. Aussi nous paraît-il inadmissible d'étendre

[1] Quand elle le sera, plus de scandale public à craindre par suite des désordres de l'émancipé, car ses engagements pourront être réduits et on pourra alors lui retirer l'émancipation.

ce droit si exceptionnel au cas de mauvaise conduite d'un émancipé ; car on ne peut établir aucune analogie entre un père qui maltraite ses enfants ou les livre à la corruption et un mineur émancipé qui s'adonne à la débauche.

L'esprit de la loi semble du reste opposé au système que nous combattons; car le Code permet de faire interdire le majeur qui dissipe sa fortune, ou de lui donner un conseil judiciaire, tandis qu'il ne reconnaît à personne le droit de réprimer ses écarts si considérables qu'ils puissent être. Enfin l'opinion que nous combattons arrive à créer non seulement une nouvelle cause, mais encore une nouvelle forme de révocation ; car celle-ci résulterait alors d'un jugement du tribunal, alors que l'art. 485 nous dit qu'elle ne doit avoir lieu qu'en vertu de la déclaration des parents ou du conseil de famille. Comme rien ne fixe le caractère et la gravité que devrait avoir la mauvaise conduite du mineur pour donner lieu à la révocation, on donnerait ainsi aux juges un pouvoir d'appréciation illimité qui pourrait porter atteinte à la liberté individuelle. Aussi les tribunaux ont-ils refusé de se reconnaître le droit arbitraire qu'on prétendait leur attribuer.

CHAPITRE II

Formes de la révocation.

Aux termes de l'art. 485, l'émancipation sera retirée au mineur en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer. Nous avons vu au chapitre précédent quelle observation il y avait lieu de faire sur l'inexactitude d'expression de notre texte.

A. La déclaration ou délibération qui révoque l'émancipation est-elle susceptible d'un recours devant la justice de

la part du mineur? L'affirmative est soutenue par Delvincourt qui reconnaît au mineur le droit de se pourvoir, soit quant à la forme, soit quant au fond, contre la délibération du conseil de famille ; mais quant à la décision qui émane des père et mère, il reconnaît qu'elle est souveraine et que le mineur n'a qu'à se soumettre. A l'appui de cette doctrine il allègue la suppression de l'art. 86 du projet qui portait : « La délibération du conseil de famille ne sera point sujette à l'homologation et ne sera susceptible d'aucun recours. »

Malgré son importance, cet argument n'est pas assez puissant pour nous faire adopter une opinion qui déroge aux principes généraux sur la matière. Nous ferons toutefois une distinction entre la question de droit et la question de fait, car il faut que les conditions de la révocation soient accomplies. Sans doute donc, si l'émancipé prétend qu'il n'est pas dans le cas de l'art. 485, le tribunal devra vérifier son allégation; car, s'il n'existe pas de jugement prononçant la réduction ou au moins l'excès d'un engagement quelconque, la révocation est impossible. Mais une fois que la constatation judiciaire de cette réductibilité est un fait reconnu, le droit des parents et du conseil de famille de retirer l'émancipation est absolu et souverain. Quant à la suppression de l'art. 86 du projet elle ne saurait, dans notre hypothèse, créer pour les tribunaux une faculté contraire au droit commun : le législateur n'a pas cru utile d'édicter spécialement ce qui ne pouvait faire aucun doute.

B. Mais si la délibération du conseil ne peut être attaquée par le mineur, nous répondrons qu'elle peut l'être par les membres de la minorité lorsqu'elle n'a pas été prise à l'unanimité, donnant la solution que nous avons donnée plus haut sur la question de savoir si la décision accordant ou refusant l'émancipation était susceptible d'un recours devant les tribunaux ; car les deux hypothèses nous paraissent liées par la plus étroite affinité.

CHAPITRE III

Effets de la révocation

Le principal effet est indiqué dans l'art. 486 qui est ainsi conçu : « Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle et y restera jusqu'à sa majorité accomplie. » Ajoutons tout de suite que le mineur rentrera en puissance paternelle, s'il y a lieu, et non pas en tutelle. Le résultat essentiel de la révocation, celui d'où découlent tous les autres, est donc d'enlever au mineur le gouvernement de sa personne et l'administration de son patrimoine, de le replacer par suite dans son ancien état de dépendance.

A. En reprenant la puissance paternelle, le père, ou la mère, recouvre sur la personne et les biens de l'enfant toutes les prérogatives qui y sont attachées, notamment les droits de garde, de correction, et d'administration légale.

B. On s'est demandé s'il recouvrait aussi l'usufruit légal sur les biens de l'enfant âgé de moins de dix-huit ans. Beaucoup d'auteurs ont pensé que les père et mère ayant volontairement renoncé à cet usufruit ne le recouvrent pas. La révocation de l'émancipation, dit Duranton, est toute dans l'intérêt de l'enfant et le père ou la mère n'en doit retirer aucun lucre. Ils ont renoncé à la jouissance en émancipant, puisqu'ils savaient que c'en était la conséquence : ce qui rend inapplicable l'objection que cette jouissance étant un attribut de la puissance paternelle, et cette puissance étant rétablie, l'effet qui est y attaché doit aussi être remis au premier état. Il n'est pas vrai, d'ailleurs, que la jouissance légale soit une conséquence nécessaire de la puissance paternelle; car dans le cas de l'art. 1442, cette puissance subsiste encore, et la jouissance est éteinte; elle est éteinte aussi lorsque l'enfant a dix-huit ans, et néanmoins la puissance paternelle dure encore.

Nous adopterons le système de l'affirmative; et contre cette dernière objection, dont on ne peut méconnaître la force, nous remarquerons que le mineur retombant sous la tutelle de ses père et mère qui sont chargés de pourvoir à son entretien, ceux-ci doivent par compensation avoir la jouissance de ses biens, et qu'il est peu convenable d'exiger entre un père et un fils une comptabilité toujours fâcheuse. Il est vrai que cette comptabilité a nécessairement lieu pour l'époque qui s'écoule depuis dix-huit ans jusqu'à la majorité. Mais il n'en n'est pas moins évident que si l'extinction de l'usufruit est la conséquence de l'émancipation, car il ne peut subsister alors que l'enfant est réputé capable de gérer ses biens, l'émancipation cessant, tous ses effets légaux doivent cesser, et le père doit recouvrer intacte la puissance paternelle : *Cessante causa, cessat effectus.* Nous n'avons pas besoin à cet égard d'un texte spécial; car l'art. 484 nous dit que l'émancipé pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, et la cessation de l'usufruit est un des principaux bénéfices de l'émancipation. Il n'est pas vrai de dire que le père qui émancipe son enfant renonce à l'usufruit légal; c'est à la puisssance paternelle elle-même qu'il renonce dans les limites que la loi détermine; or cette puissance lui est restituée avec tous ses attributs. On objecte que la révocation étant dans l'intérêt de l'enfant ne doit pas lui nuire A cela nous répondrons avec M. Demolombe qu'il est nécessaire, dans l'intérêt même de l'enfant, qu'elle ait en même temps un certain caractère de correction et que les effets en soient exemplaires. Sans doute l'extinction de l'usufruit peut se trouver livrée au caprice des père et mère qui ont seuls le droit de provoquer le retrait de l'émancipation; mais n'oublions pas que la révocation ne peut être prononcée par le juge de paix qu'autant que les tribunaux ont réduit ou au moins déclaré réductibles les engagements du mineur, ce qui est pour lui une garantie.

L'usufruit revivra donc, mais sans préjudice des aliéna-

tions des fruits faites par l'émancipé qui n auraient pas donné lieu à réduction ou à rescision. Les fruits échus depuis l'émancipation appartiennent irrévocablement à l'enfant, car le retrait de l'émancipation ne peut produire effet que pour l'avenir.

C. Lorsque l'enfant émancipé pendant le mariage de ses père et mère a perdu l'un d'eux au moment de la révocation il ne rentre pas en tutelle, comme le dit l'art. 486, mais il y entre pour la première fois ; la tutelle sera donc déférée ici d'après les règles ordinaires : il y a lieu à la tutelle légale du survivant des père et mère ou ascendants, et, à défaut d'ascendants, à la tutelle dative. Toutefois il pourra difficilement y avoir lieu ici à la tutelle testamentaire; car elle ne peut être établie que par le dernier mourant des père et mère, déjà tuteur lui-même.

D. Si au contraire le mineur était déjà en tutelle lors de son émancipation, c'est une question vivement débattue que celle de savoir sous quelle tutelle il rentrera par suite de la révocation. Il s'est élevé sur ce point jusqu'à quatre systèmes différents.

Le premier, qui est le plus simple et semble de prime abord le plus conforme aux termes un peu vagues de l'art. 486, pose en principe que l'ancienne tutelle revit, quelle qu'elle soit : par conséquent le tuteur et le subrogé-tuteur dont les fonctions avaient pris fin par suite de l'émancipation les reprennent, sans distinguer s'ils les tenaient de la loi, de la volonté des père et mère, ou de la désignation du conseil de famille.

Les trois autres systèmes reposent sur cette idée que c'est une tutelle nouvelle qui commence et non pas l'ancienne qui revit. Celle-ci en effet a pris fin par l'émancipation : le tuteur et le subrogé-tuteur ont été déchargés de leurs fonctions et la reddition des comptes a eu lieu; l'ancien tuteur n'a pas droit, en cette qualité, de rentrer en fonctions : il faut donc organiser une nouvelle tutelle. Quant à la manière de la dé-

férer, c'est ici que commence le désaccord entre les trois dernières opinions qui reconnaissent du reste que le subrogé-tuteur et le tuteur datif doivent toujours être nommés par le conseil de famille.

Les uns soutiennent que la nouvelle tutelle doit toujours être dative; car, disent-ils, il y a ici une situation toute différente de l'état antérieur à l'émancipation, et la loi n'ayant pas créé pour ce cas de tuteur légitime, on ne peut appliquer les règles ordinaires sur la délation de la tutelle.

Marcadé, tout en admettant le principe de ce système, fait une exception en faveur du survivant des père et mère qu'il déclare investi de plein droit de la tutelle légale, en vertu de la règle générale qui fixe la dévolution de la tutelle. Mais si tous deux sont morts ou dans l'impossibilité d'exercer la tutelle légitime des ascendants, l'émancipation ayant été retirée de par le conseil de famille, celui-ci se trouve en effet seul dépositaire de l'autorité sur l'enfant, et le maître d'ouvrir ou non la tutelle en retirant ou en maintenant l'émancipation; il est donc tout naturel qu'il ait le droit de déférer cette tutelle comme dans le cas où il en a exclu ou destitué le survivant des père et mère.

Une quatrième et dernière opinion, plus généralement admise, défère la tutelle comme si elle s'ouvrait pour la première fois. Ce sera donc le survivant des père et mère qui en cette qualité sera d'abord tuteur légitime; et à son défaut l'ascendant du degré supérieur. Si les ascendants sont décédés ou ne peuvent prendre la tutelle, elle sera dative et conférée par le conseil de famille en la forme ordinaire. En effet, la loi ne dit nullement que l'ancienne tutelle doive revivre, aucun texte n'oblige les anciens tuteur et subrogé-tuteur à reprendre leurs fonctions; il faudrait une nouvelle manifestation de la volonté qui leur avait une première fois donné l'existence. Si le survivant des époux avait, après la révocation, été appelé à la tutelle légale, il devrait sans au-

cun doute, être remplacé lors de son décès par le tuteur testamentaire qu'il aurait choisi.

Le système de M. Marcadé tombe dans une grave inconséquence; car on ne s'explique pas pourquoi, tout en admettant le principe d'une nouvelle tutelle, il sacrifie la vocation légale des ascendants et la fait fléchir devant cette circonstance que c'est le conseil de famille qui a retiré l'émancipation.

Si l'émancipé est un enfant naturel, il n'y aura jamais lieu qu'à la tutelle dative; car les père et mère naturels ne méritant pas la même confiance que les parents légitimes, la loi n'a pas voulu leur conférer la tutelle légale de leurs enfants. S'il s'agit d'un enfant admis dans un hospice, il rentrera sous l'autorité de la commission administrative de l'établissement à laquelle la loi du 15 pluviôse an XIII, avons-nous vu, a conféré tous les droits des père et mère.

La puissance paternelle et la nouvelle tutelle rétablies par la révocation doivent durer jusqu'à la majorité (art. 486). Le mineur ne peut sous aucun prétexte obtenir une seconde fois l'émancipation; l'expérience ayant si mal réussi, la loi n'a pas voulu qu'elle fût recommencée. Ceci toutefois ne s'applique qu'au cas d'émancipation expresse : car le mineur recouvrera l'émancipation de plein droit s'il se marie avant sa majorité, la qualité de mineur en puissance ou en tutelle étant toujours incompatible avec l'état d'époux et de chef de famille. Du reste, ici, l'émancipation n'a lieu que par voie de conséquence. Ce n'est pas la famille qui émancipe : c'est la loi.

F. Pour terminer ce qui concerne la révocation et clore ainsi cette étude sur l'émancipation et la condition des mineurs émancipés en droit français, disons encore quelques mots de l'émancipé commerçant.

1° Outre ses effets ordinaires, la révocation de l'émancipation en a un autre très important, lorsqu'elle frappe un mineur commerçant. C'est de lui enlever la capacité de faire

le commerce. Sans doute, il peut paraître bizarre que ce résultat provienne de causes qui seront souvent purement civiles; car les engagements civils de l'émancipé sont réductibles, tandis que ses engagements commerciaux ne le sont pas. Cependant la loi est formelle; elle a pensé qu'il y avait entre toutes les opérations civiles et commerciales du mineur une liaison intime, et que celui qui dissipe sa fortune personnelle ne peut pas être un bon commerçant. Une capacité plus grande et plus périlleuse ne doit pas lui être plus irrévocablement acquise. Du reste, comme le mineur pourrait profiter de l'ignorance où seraient les tiers relativement à la révocation de l'émancipation et continuer à se livrer à des spéculations dont ils deviendraient les victimes, il faudra que le retrait de l'autorisation de faire du commerce soit rendu public, comme l'a été cette autorisation elle-même.

2° Ces décisions fondées sur l'art. 2 du Code de commerce sont généralement admises. Mais il s'élève à ce sujet une question vivement controversée, c'est celle de savoir si l'autorisation donnée à l'émancipé de faire le commerce peut lui être retirée directement et sans qu'il soit privé pour cela de l'émancipation. Les auteurs reconnaissent en principe que cette autorisation est irrévocable et que les parents ne peuvent la retirer sans motifs, puisqu'il y a là pour le mineur un droit acquis. Si cependant l'émancipé commerçant se lance dans des opérations ruineuses et menées de manière à compromettre sa fortune, peut-on lui retirer l'autorisation de faire le commerce?

Bien que nos deux codes soient muets sur ce point, plusieurs jurisconsultes, effrayés du danger qu'il y aurait à laisser le mineur engloutir ainsi son patrimoine, choqués de la pensée de lui accorder d'une manière irrévocable la capacité très étendue de commercer alors que l'émancipation en elle-même demeure toujours révocable, ont cherché s'il n'y aurait pas dans les analogies du droit un moyen d'arriver à retirer directement au mineur émancipé l'autorisation de faire le commerce.

a. Delvincourt enseigne que les parents qui ont accordé l'autorisation de faire le commerce pourront dénoncer au tribunal les obligations commerciales de l'émancipé ; comme elles ne sont pas réductibles (art. 487 et 1308), le tribunal aurait alors à rechercher si elles seraient réductibles en les supposant non commerciales. S'il se prononçait pour l'affirmative, on révoquerait l'émancipation et par suite le droit de faire le commerce. Ce système est très ingénieux sans doute, mais on n'y arrive qu'à l'aide d'une fiction de droit qui n'a certainement jamais été dans la pensée du législateur.

b. Une autre opinion propose de demander purement et simplement au tribunal civil de prononcer la révocation du droit pour l'émancipé d'être commerçant. En effet, disent ses partisans, c'est la justice qui, d'après le droit commun, prononce sur l'état et la capacité des personnes, qui nomme, par exemple, des conseils judiciaires aux prodigues. Tous les intérêts seront donc garantis par ce moyen, et on ne laissera pas fatalement à l'émancipé un pouvoir dont il abuserait presque certainement. De plus, objectent-ils au système qui déclare l'autorisation irrévocable, vous rendez ainsi l'émancipation elle-même irrévocable lorsque le mineur n'aura pas contracté d'engagements civils excessifs. Sans doute cette doctrine arrive à un heureux résultat et pourrait être bonne en législation ; mais elle nous paraît inadmissible en droit, parce qu'elle viole elle-même les art. 487 et 1308 en faisant réduire par les tribunaux civils des engagements commerciaux [1], puis crée une révocation *sui generis* que la loi ne prévoit nullement.

c. Aussi préférons-nous nous ranger à l'avis de ceux qui pensent que l'autorisation de faire le commerce ne peut jamais être retirée directement à l'émancipé [2]. En effet, la

[1] Divulguer une opération c'est même souvent le moyen d'en empêcher le succès.

[2] En ce sens MM. Pardessus, *Dr. comm.*, t. I, n° 58, Massé, *Dr. comm.*, t. III, liv. III.

loi qui confère aux parents le droit d'accorder au mineur cette autorisation ne donne à personne celui de la retirer, on ne peut donc créer une cause de déchéance ni appliquer à des engagements commerciaux des règles exclusivement propres au droit civil. Les systèmes qui veulent suppléer au silence du Code tombent dans de graves inconvénients. La faculté un peu arbitraire laissée aux parents de retirer le droit de faire le commerce nuirait souvent au crédit du mineur, avec qui on hésiterait à contracter si sa capacité pouvait être changée d'un jour à l'autre; elle permettrait, en sens contraire, à l'émancipé de s'entendre avec ses parents pour faire révoquer son droit de commercer, et continuer des spéculations dont les tiers seraient victimes. Enfin ce droit laissé aux parents est en contradiction avec l'esprit de la loi qui assimile complètement l'émancipé commerçant au majeur.

Nous n'admettons pas qu'on puisse retirer directement à l'émancipé l'autorisation de faire le commerce ; mais rien n'empêche qu'on ne puisse à cet égard restreindre indirectement sa capacité. En effet, nous avons dit plus haut que tout mineur émancipé ou non pouvait être interdit et nous en avons conclu qu'on pouvait *a fortiori* recevoir un conseil judiciaire. Or, comme les auteurs partisans de l'interdiction du mineur émancipé ou non, d'accord en cela avec la jurisprudence, ne distinguent pas entre l'émancipé commerçant et celui qui ne l'est pas, nous ferons de même et dirons que le mineur commerçant qui compromet sa fortune par des prodigalités et des opérations extravagantes, pourra recevoir un conseil judiciaire aux termes de l'art. 513. D'une part, nous écarterons ainsi les inconvénients du retrait direct d'autorisation venant des parents; d'autre part, nous éviterons le danger qu'il y aurait à laisser un prodigue se livrer sans contrôle à des opérations commerciales où il engloutirait peut-être tout son patrimoine. De cette manière les intérêts du mineur et des tiers seront sauvegardés, et la loi sera respectée dans ses termes et dans son esprit, ce qui doit être pour l'interprète une règle inviolable.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le fils de famille mineur de vingt-cinq ans peut obtenir la *restitutio in integrum* alors même qu'il a emprunté d'après l'ordre de son père (page 20).

II. — Lorsque la dette du mineur restitué a été cautionnée, la question de savoir si ce sera le créancier ou la caution qui supportera définitivement la perte dépendra des circonstances (page 25).

III. — Les mineurs et les majeurs de vingt-cinq ans sont restituables même contre un défaut de gain (page 36).

IV. — La solvabilité des tuteurs et curateurs rend inutile la *restitutio in integrum* contre les actes qu'ils ont faits ou auxquels ils ont participé (page 40).

V. — Il n'y a point d'antinomie entre la loi 3 § 2 et la loi 30 du titre *De minoribus XXV annis* (page 74).

VI. — La maxime : *Inviti adolescentes curatores non accipiunt* ne s'applique qu'aux mineurs qui n'ont jamais été en tutuelle (page 79).

VII. — La capacité du mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur général et permanent a varié avec les époques (page 90).

DROIT CIVIL

I. — La mère peut émanciper son enfant toutes les fois que le père est dans l'impossibilité de le faire (page 163).

II. — Le juge de paix peut toujours convoquer d'office le conseil de famille (page 176).

III. — Les mots « resté sans père ni mère » de l'art. 478 ne s'appliquent pas seulement au décès des parents (p. 178).

IV. — La délibération du conseil de famille relative à l'émancipation du mineur peut être attaquée devant les tribunaux (page 182).

V. — La curatelle de l'émancipé est toujours dative, sauf celle du mari sur sa femme (page 190).

VI. — Il ne peut seul hypothéquer ses immeubles, même pour garantir les obligations qu'il est capable de contracter (page 214).

VII. — Tout mineur peut être interdit (page 238).

VIII. — Les actes à l'égard desquels l'émancipé est considéré comme pleinement capable (actes de pure administration et actes passés avec les conditions et formalités légales) ne sont ni annulables ni rescindables (page 263).

IX. — L'émancipation ne peut jamais être retirée à une personne mariée ou veuve (page 280).

X. — La mauvaise conduite du mineur n'est pas par elle seule une cause de révocation de l'émancipation (page 283).

XI. — La révocation fait renaître l'usufruit légal (p. 287).

PROCÉDURE CIVILE

Le mineur émancipé (art. 83 et 1004) ne peut jamais compromettre (page 211).

DROIT COMMERCIAL

I. — Les actes faits par l'émancipé commerçant sont, jusqu'à preuve contraire, réputés étrangers à son commerce (page 253).

II. — L'émancipé commerçant ne peut, sans une autorisation spéciale, contracter avec des tiers une société commerciale (page 255).

III. — L'autorisation de faire le commerce ne peut pas être retirée directement au mineur émancipé (page 292).

DROIT PÉNAL

L'émancipation avait pour effet avant la loi de 1832 de dégager l'enfant de la puissance paternelle et par suite de l'autorité qui en dérive pour l'application de l'art. 333.

DROIT ADMINISTRATIF

Le lit des petites rivières non navigables ni flottables n'est pas une *res communis*.

DROIT INTERNATIONAL

La caution *judicatum solvi* ne peut être exigée par l'étranger défendeur plaidant en France contre un étranger demandeur.

Vu : le Président de la Thèse,
BAYEUX.

Vu : le Doyen de la Faculté,
C. DEMOLOMBE

PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie,
L. LIARD.

TABLE DES MATIERES

THÈSE ROMAINE

De Minoribus viginti quinque annis

Pages

PRÉLIMINAIRES 1

PREMIÈRE PARTIE. — De la loi *Plœtoria* 4

DEUXIÈME PARTIE. — De la *Restitutio in integrum* 12

CHAPITRE Ier 15

§ Ier. A qui elle est accordée 15

§ 2. Contre qui 28

CHAPITRE II. 32

SECTION Ire. — Conditions nécessaires pour l'obtenir 32

§ Ier. Lésion 32

§ 2. Absence de toute voie de droit ou d'une voie équivalente 39

SECTION 2. — Causes pour lesquelles elle est donnée 42

CHAPITRE III 59

SECTION Ire. — Procédure 59

SECTION II. — Effets 63

CHAPITRE IV. — Perte de la restitution 74

I. Désistement 74

II. Prescription 76

TROISIÈME PARTIE. — Droit Impérial 78

CHAPITRE Ier. — Constitution de Marc Aurèle 78

§ 1er. Curateur général permanent 78

§ 2. Fonctions de ce curateur 86

§ 3. Capacité du mineur 90

CHAPITRE II. — Constitution de Septime Sévère 93

APPENDICE 96

THÉSE FRANÇAISE

INTRODUCTION HISTORIQUE

CHAPITRE Ier 109
§ 1er. Législation Romaine 109
§ 2. Epoque barbare 111
§ 3. Puissance paternelle dans les Coutumes 114
CHAPITRE II. — De l'émancipation et de ses formes 116
§ 1er. Emancipation expresse 117
§ 2. Emancipation tacite 123
I. Habitation séparée 123
II. Promotion à certaines dignités 127
III. Mariage 128
IV. Age 131
CHAPITRE III. — Effets de l'émancipation 133
Section 1re. — Relatifs à la personne 133
Section II. — Relatifs aux biens 135
§ 1er Curatelle 135
§ 2. Capacité de l'émancipé 137
CHAPITRE IV 141
§ 1er. Révocation de l'émancipation 141
§ 2. L'émancipation dans la Coutume du Berry 141

DROIT ACTUEL

De l'Emancipation et des mineurs émancipés

Notions préliminaires 150
PREMIÈRE PARTIE. — Dans quels cas et sous quelles conditions l'émancipation peut avoir lieu 157
CHAPITRE Ier. — Emancipation tacite 158
CHAPITRE II. — Emancipation expresse 161
Section Ire. — Emancipation par le père ou la mère 161
§ 1er. L'enfant a encore son père et sa mère 162
§ 2. L'enfant a perdu son père ou sa mère 169
§ 3. Age requis pour l'émancipation 172
§ 4. Formes 172
Section II. — Emancipation par le conseil de famille 174
Section III. — Enfants naturels et abandonnés 184

DEUXIÈME PARTIE — De la curatelle 186

CHAPITRE Ier. — Constitution 186

CHAPITRE II. — Caractères 196

CHAPITRE III. — Mission du curateur 198

TROISIÈME PARTIE. — Effets de l'émancipation 202

CHAPITRE Ier. — Relatifs à la personne 202

CHAPITRE II. — Relatifs aux biens 205

SECTION Ire. — Capacité de l'émancipé 207

§ 1er. Actes que l'émancipé peut faire seul 208

§ 2. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, mais suffisante 218

§ 3. Actes pour lesquels il faut en outre l'autorisation du conseil de famille 241

§ 4. Actes pour lesquels il faut, de plus, l'homologation du tribunal 243

§ 5. Actes interdits à l'émancipé 248

SECTION II. — Du mineur émancipé commerçant 249

SECTION III. — Effets des actes de l'émancipé 257

§ 1er. Premier système 258

Deuxième système 261

Troisième système 262

Quatrième système 263

§ 2. I. Première catégorie d'actes 268

II. Deuxième catégorie 269

III. Troisième catégorie 270

IV. Quatrième catégorie 274

QUATRIÈME PARTIE. — Révocation de l'émancipation 277

CHAPITRE Ier. — Conditions 277

CHAPITRE II. — Formes 285

CHAPITRE III. — Effets 287

POSITIONS 295

ANGERS. IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU.